DIE STELLUNG ZUR DEMOKRATIE IN DER DEUTSCHEN NACHKRIEGSDISKUSSION ÜBER DEN "DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT"

dargestellt unter besonderer Berücksichtigung
der Beiträge Ernst Forsthoffs

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
bei der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Diplom-Politologe Werner Skuhr
aus Leipzig
Berlin 1961

Druck:

Ernst - Reuter - Gesellschaft
der Förderer und Freunde der Freien Universität e.V.

Dissertations - Druckstelle

Berlin-Dahlem, Garystr. 45, Tel.: 76 52 61, App. 668

DIE STELLUNG ZUR DEMOKRATIE IN DER DEUTSCHEN NACHKRIEGSDISKUSSION ÜBER DEN "DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT"

dargestellt unter besonderer Berücksichtigung
der Beiträge Ernst Forsthoffs

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
bei der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Diplom-Politologe Werner Skuhr
aus Leipzig
Berlin 1961

4546/61

Gedruckt mit Genehmigung der
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Freien Universität Berlin

Dekan: Professor Dr. Otto Heinrich von der Gablentz
Referent: Professor Dr. Otto Heinrich von der Gablentz
Korreferent: Professor Dr. Otto Stammer

Tag der mündlichen Prüfung: 14. November 1960

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	5
1. Teil:	
Die Beiträge Ernst Forsthoffs zur deutschen Nachkriegsdiskussion über den "demokratischen und sozialen Rechtsstaat"	9
I. Der Stand der Diskussion als Ausgangspunkt	9
1. Das Referat Hans Peter Ipsens auf der 10. Staatsrechtslehrertagung 1951	11
2. Der Verlauf der Diskussion unter dem Einfluß Ipsens	17
a. Die Weiterführung der Gedanken Ipsens bei Ernst Knoll und Helmut Ridder	18
b. Der Protest Werner Webers	22
II. Forsthoffs Referat über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" auf der 12. Staatsrechtslehrertagung 1953	26
1. Der Inhalt des Referats	26
a. Darstellung	26
b. Kritische Analyse	31
2. Die Kritik auf der Tagung	36
a. Das Korreferat Ernst Bachofs	36
b. Die Wiederaufnahme der Gedanken Hermann Hellers durch Wolfgang Abendroth	39
aa. Die Konzeption Hermann Hellers	39
bb. Die Weiterführung der Gedanken Hellers nach 1945	44
cc. Die Diskussionsbeiträge Wolfgang Abendroths	47
III. Forsthoffs Schrift "Verfassungsprobleme des Sozialstaats"	51
IV. Ausführungen über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat in anderen Nachkriegsschriften Forsthoffs	59
2. Teil:	
Die Schwankungen der Rechts- und Sozialstaatstheorie Forsthoffs im Wandel der politischen Systeme	65
I. Forsthoffs Rechtsstaatstheorie	65
1. Die Arbeiten am Ende der Weimarer Republik	65

Seite

2. Forsthoffs Kritik am Rechtsstaat aus der Sicht des totalen Staates 68

3. Widerspruchsvolle Auffassungen vom Rechtsstaat in Forsthoffs Nachkriegsschriften 74

a. Die kritische Einstellung zum Rechtsstaat in den ersten Nachkriegsbeiträgen 74
b. Die Schwenkung zur streng formalen Rechtsstaatskonzeption 77
c. Widerspruchsvolle Thesen in neueren Schriften 78
d. Die Bedeutung der formalen Rechtsstaatstheorie für Forsthoffs Position in der Nachkriegsdiskussion 82

II. Forsthoffs Sozialstaatstheorie 84

1. Das Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat 84

2. Die Aufgaben des Sozialstaates 86

3. Teil:

Forsthoffs Stellung zur parlamentarischen Demokratie und ihre Bedeutung für seine Beiträge zur Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat 93

I. Forsthoffs Konzeption der "autoritären Staatlichkeit" 93

1. Ihr Niederschlag in Forsthoffs Schriften 93

2. Die geistesgeschichtlichen Ursprünge der politischen Vorstellungen Forsthoffs 99

a. Darstellung 99
b. Kritische Analyse 106

II. Die gegenwärtige Rechts- und Sozialstaatstheorie Forsthoffs als Abwehrideologie gegenüber der parlamentarischen Demokratie 114

Schluß 119

Nachwort 123

Literaturverzeichnis 127

Anmerkungen 135

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Einleitung

Untersuchungsobjekt der vorliegenden Arbeit ist ein Ausschnitt aus der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat, nicht dieser selbst. Die Diskussion ist fast vollständig von Juristen geführt worden. Sie entstand aus der Notwendigkeit, den Gehalt grundgesetzlicher Normen zu interpretieren, nachdem der Rechtsgrundsatz vom 'demokratischen und sozialen Rechtsstaat' in die geschriebene Verfassung aufgenommen worden war.

Über den Bereich des Staatsrechts hinaus hat die wissenschaftliche Interpretation von Verfassungsnormen ebenso politische Bedeutung wie die Entscheidung des Richters. Geht man davon aus, daß der Richter seine Entscheidung "nicht im Gesetz 'findet', sondern durchweg selbst 'fällt'", dann wird man in der Rechtsprechung "ein Moment der bewußten sozialen Gestaltung" erblicken und ihr damit "eine 'politische' Bedeutung" zuerkennen müssen (1).

Der Staatsrechtslehrer befindet sich bei der Auslegung der Verfassung in einer ähnlichen Lage. Was seinem Denkergebnis an rechtlicher Verbindlichkeit fehlt, wird durch den Einfluß aufgewogen, den er mit seiner Meinung auf die gegenwärtigen und zukünftigen Richter und Beamten auszuüben vermag. Aber so unproblematisch die Erkenntnis der sozialen und politischen Bedingtheit unterschiedlicher Verfassungsinterpretationen etwa für die Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten von Amerika ist, so stark wechseln bei deutschen Juristen die Einsicht in diesen Tatbestand und der Versuch, ihn "durch metaphysische Kunststücke wegzudisputieren" (2).

Als 'Methodenfrage' hat dieses Problem mehrere Tagungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer begleitet, die entweder den demokratischen und sozialen Rechtsstaat oder Teile daraus zum Gegenstand hatten.

In seinem Referat auf der 10. Staatsrechtslehrertagung 1951 über "Enteignung und Sozialisierung" erklärte Hans Peter Ipsen zunächst, das Ziel seiner Untersuchung sei "durch die rechtswissenschaftliche Aufgabe und Methode begrenzt" (3). In der Aussprache wies Ulrich Scheuner darauf hin, daß jede Diskussion über die Eigentumsverfassung von der geistigen und sozialen Situation der Gegenwart ausgehen müsse. Ipsen habe aber seine Hörer in die "soziologischen Feststellungen, die seinen Ausführungen zugrunde liegen, nicht hineinblicken lassen" (4). Dieser entgegnete im Schlußwort, er habe "natürlich" eine soziologische Vorstellung von dem, was er juristisch zu fassen versucht habe; die Aufgabe der soziologischen Darstellung sei aber vereinbarungsgemäß dem Korreferenten zugefallen (5).

Helmut K.J. Ridder, der das Korreferat hielt, hat sich zur politischen Motivierung von Verfassungsinterpretationen deutlich geäußert. Ridder war zu der Auffassung gelangt, der Sozialisierungsartikel des Grundgesetzes (Art. 15 GG) sei die einzige Einzelnorm, die das generelle Sozialstaatsgebot "in den Gesamtzusammenhang der auch in der prinzipiellen Ausgestaltung des Eigentumsrechts 'konservativ -

respektierenden' Verfassung eingesprengt" habe (6). Er war sich bewußt, daß Sozialisierungen praktisch nicht durchzuführen wären, wenn sie die Pflicht zu Entschädigungen in Höhe eines vollen Wertausgleichs nach sich zögen. Eine solche Einsicht hielt er für zu elementar, als daß sie denjenigen verborgen geblieben sein könnte, die gleichwohl volle Entschädigung bei Sozialisierung forderten. Ridder sprach seinen 'Ideologieverdacht' offen aus:

> "Es wäre der gemeinsamen deutschen Sache dienlicher, wenn diejenigen, die den Erlaß von Sozialisierungsgesetzen nicht wünschen, die letztlich nur gesetzgebungspolitischen (und damit freilich auch zwangsläufig allgemeinpolitischen) Ziele ihrer Argumentationen offen zu Tage treten ließen" (7).

Weniger eindeutig waren die entsprechenden Ausführungen Ernst Forsthoffs auf der 12. Staatsrechtslehrertagung 1953, auf der er über Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates zu referieren hatte. Forsthoff wollte einen Verfassungsartikel nur dann so verstehen, daß seine Auslegung "notwendig in die unkontrollierbaren, weil subjektiven Vorstellungen Raum gebenden Weiten des politischen Kalküls einmünden muß", wenn dafür zwingende Gründe vorlägen. Diese seien für die Artikel 20 und 28 des Grundgesetzes - die das Bekenntnis zu Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat enthalten - nicht gegeben:

> "Würde man dem Wort 'sozial' im Art. 28 GG unmittelbare normative Wirkung geben, so würde das dazu führen müssen, daß die Auslegung in das Gebiet der sozialen, ökonomischen und politischen Theorien übergreifen müßte. Ich sehe darin eine Verfehlung des Berufs des Juristen und eine Gefährdung der Autorität des Rechts" (8).

Schließlich tauchte die 'Methodenfrage' auf der 16. Staatsrechtslehrertagung 1957 wieder auf, als das Thema "Parlament und Regierung im modernen Staat" behandelt wurde. Der Hauptreferent Ernst Friesenhahn äußerte dabei im Schlußwort, Ipsen habe mit seiner vorangegangenen Kritik an Friesenhahns Methode - scharf zugespitzt - vielleicht sagen wollen, daß er "so etwas versucht habe, unser Verfassungssystem für höhere Schüler schmackhaft zu machen". Friesenhahn antwortete darauf:

> "Ich darf dem entgegenhalten, daß alles das, was ich gesagt habe, in der Gegenposition auch im staatsrechtlichen Schrifttum zu finden ist" (9).

Mit dieser Bemerkung hat Friesenhahn auf das Problem aufmerksam gemacht, daß sowohl Ablehnung und Gegnerschaft als auch das Bekenntnis zur parlamentarischen Demokratie verfassungsrechtlichen Lehrmeinungen der Gegenwart zugrundeliegen.

Es ist das Ziel dieser Arbeit, diese Abhängigkeit juristischer Argumentation von politischen Überzeugungen und Wertungen an ihrem Untersuchungsobjekt, einem Ausschnitt aus der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat, aufzuzeigen.

Zwar hat im Mittelpunkt dieser Diskussion zunächst das Verhältnis von Rechtsstaat und Sozialstaat gestanden: Dem an der Technik der liberal-rechtsstaatlichen Verfassung orientierten juristischen Verfassungsdenken mußte innerhalb der Staatszielbestimmung des Grundgesetzes das Bekenntnis zum Sozialstaat als das eigentlich zu bewältigende Interpretationsproblem erscheinen. Aber bei der Erörterung der Spannungen und Konflikte zwischen diesen beiden Begriffen tauchte bald die Frage nach ihrem Zusammenhang mit dem dritten Bestandteil der Staatszielbestimmung, der Demokratie, auf. Die Einbeziehung der Demokratie eröffnete dann Möglichkeiten, Spannungen zwischen den einzelnen Bestandteilen des 'demokratischen und sozialen Rechtsstaates' entweder zu beseitigen oder auch zu erkennen, daß solche Spannungen in der politischen Wirklichkeit notwendig und fruchtbar sind.

Gegenüber diesem Verlauf der Diskussion nehmen die Beiträge Ernst Forsthoffs eine Sonderstellung ein. Auch Forsthoff sieht sich zwar, nachdem er zunächst die Demokratie als ein für die Struktur des sozialen Rechtsstaates irrelevantes Verfahrensprinzip politischer Willensbildung bezeichnet hat, letztlich der Notwendigkeit gegenüber, zu dem Verhältnis zwischen parlamentarischer Demokratie und sozialem Rechtsstaat Stellung zu nehmen. Aber während die Mehrzahl der Diskussionsteilnehmer aus dieser Verbindung heraus zu Lösungsmöglichkeiten gelangt, erblickt er in dem Verhältnis zwischen parlamentarischer Demokratie und Sozialstaat den eigentlichen Konflikt.

Unter besonderer Berücksichtigung der Auffassung Forsthoffs soll dargelegt werden, daß der politisch entscheidende Gegensatz zwischen den einzelnen Diskussionsbeiträgen in der unterschiedlichen Einstellung zur parlamentarischen Demokratie und ihrer Bedeutung für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat liegt. Während die Debatte über Konflikte zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat mit juristischen Argumenten geführt werden konnte, ist mit der Stellungnahme der einzelnen Autoren zur parlamentarischen Demokratie der Gegenwart der Punkt erreicht, an dem diese juristischen Argumente von politischen Überzeugungen und Wertungen zurückgedrängt werden oder allenfalls noch zu deren Einkleidung dienen.

Für den Politologen ist die Frage von Bedeutung, ob die Kritik unserer Staatsrechtslehrer an Mängeln unseres Staates von der inneren Zustimmung zu diesem Staat und dem Bemühen geleitet ist, ihn so funktionsfähig wie möglich zu machen, oder ob sich dahinter die grundsätzliche Überzeugung von der Minderwertigkeit der parlamentarischen Demokratie verbirgt. Die politische Motivierung der Interpretation tragender Verfassungsgrundsätze wird zum Untersuchungsobjekt der Wissenschaft von der Politik, weil der Staatsrechtslehrer durch seinen Einfluß auf die Ausbildung künftiger Richter und Beamter die Zukunft unseres Staates mitbestimmen kann:

"Was aus der deutschen Demokratie wird, hängt auch davon ab, was von den deutschen Kathedern heruntertönt. Einseitige Hervorhebung der unbezweifelbaren Mängel unserer Staatsform, ohne auch ihrer großen Chancen zu gedenken, könnte wieder einer verhängnisvollen Entwicklung den Weg bahnen helfen" (10).

1. Teil:

DIE BEITRÄGE ERNST FORSTHOFFS ZUR DEUTSCHEN NACHKRIEGSDISKUSSION ÜBER DEN "DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT"

I. Der Stand der Diskussion als Ausgangspunkt

Die Verfassungsnorm des "demokratischen und sozialen Rechtsstaates" (11) brachte die ersten Kommentatoren des Grundgesetzes in Verlegenheit. Zwar erschienen die Begriffe Demokratie und Rechtsstaat hinreichend geklärt und ihre Verschmelzung unproblematisch: Die "Forderung nach dem demokratischen Rechts-Staat" hatte "zu den wenigen Nichtumstrittenheiten in der Bonner grundgesetzgebenden Versammlung" (12) gehört. Aber das Adjektiv "sozial" wurde im Rahmen der Verfassung als Fremdkörper betrachtet. An kaum einer Stelle, klagte Werner Weber in einem kritischen Vergleich zwischen dem Weimarer und dem Bonner Verfassungswerk, lasse das Grundgesetz erkennen, "wie sich sein in den Artikeln 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 erhobener Anspruch verwirklichen soll, die Verfassung eines sozialen Staates zur Darstellung zu bringen" (13). Während nämlich die Verfassung in ihrem Wortlaut den "sozialen Rechtsstaat" proklamiere, habe sie in ihrem Inhalt den bürgerlich-liberalen Rechtsstaat konstituiert, "der ein Antipode des ersteren ist" (14).

Der "schwer begreifbare und kaum lösbare Widerspruch" (15) zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat hat von Anfang an das Hauptinteresse der Verfassungsjuristen bei der Interpretation der Staatszielbestimmung des Grundgesetzes beansprucht (16). Nur selten wurde deren dritter Bestandteil, das Bekenntnis zur Demokratie, im Zusammenhang damit gewürdigt. Ernst Friesenhahn hat als erster darauf hingewiesen, daß die Verschränkung aller drei Elemente, des demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialen Prinzips, als "Grundentscheidung unserer heutigen Verfassung" erkannt werden müsse. Aber das Gefühl der Ratlosigkeit gegenüber dieser "eigentümlichen Mischung" blieb auch nach der Einbeziehung der Demokratie. Wohl empfand Friesenhahn, daß die Entscheidung für den Sozialstaat "vielleicht einmal zur Schicksalsfrage der Verfassung" werden könne. Aber er kam über die Feststellung nicht hinaus: Das Problem, was denn diese Entscheidung eigentlich bedeute, sei "noch kaum angepackt" (17).

Umso stärkeres Aufsehen erregte es, als Hans Peter Ipsen im Hauptreferat über "Enteignung und Sozialisierung" auf der 10. Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1951 dazu aufforderte, das Sozialstaatsbekenntnis des Grundgesetzes ernst zu nehmen und zu realisieren. Die Sozialstaatsformel enthalte nicht nur eine Ermächtigung, sondern den Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber, die Sozialordnung zu gestalten. Wer diesen Auftrag bestreite, gehe an der "Realität unserer Daseinsweise" vorbei. Eine solche Auffassung vertiefe die "Ungereimtheit zwischen Verfassungsnorm und Verfas-

sungswirklichkeit" (18).

Ipsen selbst machte mit diesem Bekenntnis zum Sozialstaat sogleich Ernst. Er erklärte es ausdrücklich zu dem Standort, von dem aus er sein eigentliches Thema, die Eigentumsverfassung, zu behandeln beabsichtigte:

> "Ich spreche daher am Beginn nachdrücklich einer Ausdeutung und Auslegung des Grundgesetzes das Wort, unter aller gebotenen Respektierung der eindeutig erkennbaren Verfassungsentscheidungen (vor allem auch derjenigen für den Rechtsstaat) dort, wo dies mit den verfügbaren Erkenntnismitteln irgend erreichbar und vertretbar ist, die grundgesetzliche Entscheidung für den Sozialstaat im Sinne der Gestaltung der Sozialordnung zu vertiefen und zu verbreitern. Dabei verstehe ich in bezug auf die Eigentumsverfassung, die hier als Ausschnitt der Sozialordnung zur Erörterung steht, unter 'Gestaltung der Sozialordnung' die Neu- und Andersgestaltung der Eigentumsherrschaft bis hin zu seiner Neuverteilung" (19).

Mit diesen Ausführungen hatte Ipsen gegenüber allen vorangegangenen Diskussionsbeiträgen das Gewicht des Sozialstaatsbekenntnisses entscheidend verstärkt. Er deutete einen wesentlichen Ausschnitt aus dem Grundrechtsteil der Verfassung, die Bestimmungen über das Eigentum, aus dem Wesen der Sozialstaatserklärung. Damit erkannte er die Möglichkeit an, daß die Sozialstaatsformel rechtsstaatliche Strukturelemente der Verfassung in ihrem Sinngehalt maßgeblich verändern und damit neu bestimmen könne. Zugleich erklärte Ipsen, dabei bleibe die Verfassungsentscheidung für den Rechtsstaat unangetastet. Rechtsstaat und Sozialstaat ließen sich also auf der Ebene der Verfassung auch dann verbinden, wenn man die Grenzen rechtsstaatlicher Schutzbereiche sozialstaatlicher Gestaltung öffne.

In dieser These lag das aufsehenerregend Neue der Position Ipsens. Vor seinem Beitrag war die Möglichkeit einer Verbindung von Rechtsstaat und Sozialstaat in der Diskussion über die Staatszielbestimmung des Grundgesetzes entweder nicht untersucht oder bestritten oder durch Abwertung der Sozialstaatsformel gefunden worden. Mit dem Referat Ipsens wurde die Frage nach dem Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat neu gestellt und - zugunsten des Sozialstaates - grundlegend anders als vorher beantwortet.

Daraus entstand ein neues Problem. Ipsens Entschluß, das Gewicht des Sozialstaates zu verstärken, war in der Besorgnis begründet, die Entscheidung für den Sozialstaat komme bei der bisherigen Interpretation des Grundgesetzes zugunsten der im Wortlaut der Verfassung deutlicher erkennbaren Entscheidung für den Rechtsstaat nicht genügend zur Geltung. Umgekehrt gab die Lösung Ipsens zu der Frage Anlaß, ob die verstärkte Betonung des Sozialstaatsbekenntnisses möglich sei, ohne zugleich den Rechtsstaat "aufzuweichen". Wer seit Ipsens Referat in die Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat eingriff, mußte sich daher mit diesem Beitrag auseinandersetzen.

Als Ernst Forsthoff auf der 12. Staatsrechtslehrertagung im Hauptreferat Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates zu behandeln hatte, entschied er sich ausdrücklich für die Gegenposition zur Auffassung Ipsens. An mehreren Stellen kam seine Absicht zum Ausdruck, die Auseinandersetzung mit dieser "neuere(n), an Gewicht zunehmende(n) Richtung der deutschen Staatsrechtslehre" und insbesondere ihrem "Hauptvertreter Hans Peter Ipsen" zur Grundlage seines Vortrages zu machen. Als Hauptanliegen der Ipsen-Richtung erschien ihm deren Bestreben, gestützt auf die Sozialstaatserklärung "die Bundesrepublik in gewissem Maße aus der Nachfolge des formalen, gewährleistenden bürgerlichen Rechtsstaats zu lösen und ihre Rechtsstaatlichkeit aus der Bindung an gewisse materiale Gehalte neu zu formulieren" (20). Forsthoff lehnte diesen Versuch entschieden ab und bekannte sich zu einer streng formalen Rechtsstaatstheorie - mit dem materiellen Resultat der Gewährleistung der bestehenden Eigentumsverfassung -.

Im Verlaufe seines Vortrages setzte er sich vor allem mit dem Referat Ipsens auf der 10. Staatsrechtslehrertagung und mit den Folgerungen auseinander, die von anderen Autoren aus Ipsens Darlegungen gezogen worden waren.

Abgesehen von ihrer Bedeutung für die Gesamtdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat sind Ipsens Ausführungen und die daran anschließenden Beiträge daher als Ausgangs- und Bezugspunkt des Forsthoffschen Vortrages darzustellen. Aufgabe und Ziel dieser Arbeit bestimmen dabei die Methode der Wiedergabe. Der juristische Gehalt der einzelnen Beiträge wird nicht um seiner selbst willen und nicht mit dem Anspruch auf Vollständigkeit aufgezeigt. Seine Darstellung und Analyse sind jedoch in gewissem Umfang notwendig: Es soll nachgewiesen werden, daß sich der entscheidende Gegensatz der beiden Positionen innerhalb der Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat gerade nicht aus abweichenden juristischen Erwägungen, sondern aus unterschiedlichen soziologischen Vorstellungen und politischen Wertungen ergibt.

1. Das Referat Hans Peter Ipsens auf der 10. Staatsrechtslehrertagung 1951

Ipsen hat mit seinen Ausführungen nicht nur den Anstoß zu einer neuen Würdigung der Sozialstaatsformel gegeben. Zugleich stieß er bei seinem Versuch, Inhalt und Grenzen des Eigentumsrechts im Rahmen des Grundgesetzes vom Sozialstaatsbegriff her zu interpretieren, auf einen Widerspruch, der den ersten Kommentatoren entgangen war:

Der Parlamentarische Rat war - selbst bei terminologischen Detailfragen - von dem Bestreben geleitet worden, aus dem Geist und Wortlaut der Verfassung heraus die Ausdrücke "freiheitlich" und "demokratisch" als einander ergänzende, gleichermaßen notwendige Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erscheinen zu lassen (21). Nach der Verabschiedung des Grundgesetzes nahm man allgemein an, daß es gelungen sei, das erstrebte harmonische Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie in der Verfassungsurkunde herzustellen: einmal nämlich durch die Bindung auch der demo-

kratischen Mehrheitsentscheidung an die Grenzen eines rechtsstaatlichen Freiheitsbereiches, zum anderen dadurch, daß der demokratische Charakter der Staatswillensbildung gleichermaßen wie die rechtsstaatlichen Freiheitsschutzgarantien in der Verfassung verankert worden sei.

Wohl fanden sich schon bald Hinweise auf den Widerspruch, daß das Grundgesetz einerseits den Sozialstaat proklamiere, andererseits aber am bürgerlich-liberalen Rechtsstaat festhalte. Daß dieser Gegensatz zugleich auch das Vorhaben gefährdete, in der Verfassung Rechtsstaat und Demokratie konfliktfrei zu verbinden, wurde indessen nicht erkannt.

Dagegen zeigte sich in der Struktur der Verfassungsurkunde ein Spannungsverhältnis zwischen rechtsstaatlichem und demokratischem Denken, als Ipsen den sozialstaatlichen Gestaltungsauftrag an den demokratischen Gesetzgeber einer der wesentlichsten rechtsstaatlichen Schutzvorschriften des Grundgesetzes, der Eigentumsgarantie, gegenüberstellte. Am Beispiel der Enteignungsbestimmungen des Artikels 14, Abs. 3 hat Ipsen diesen Spannungszustand erläutert (22):

Einerseits fordere die Verfassung das Wohl der Allgemeinheit als Enteignungszweck und übertrage seine Bestimmung dem Gesetz. Damit bekenne sich das Grundgesetz zu der Möglichkeit, das Gemeinwohl durch demokratischen Mehrheitsbeschluß rational und verbindlich zu bestimmen.

Andererseits lasse es aber an der gleichen Stelle die richterliche Kontrolle zu. Aus dem rechtsstaatlichen Streben nach "hierarchischer Überhöhung" der richterlichen über die gesetzgebende Gewalt legalisiere es "den Zweifel des einzelnen an der demokratischen Gleichheit, der Allgemeinheit und Gerechtigkeit des Gesetzes, an der Volkssouveränität, damit aber auch ... an der Funktion und Kraft des Gesetzes, die soziale Ordnung eigenmächtig zu bestimmen" (23). Dieser Zweifel an der demokratischen Selbstbestimmbarkeit zeigte sich auch in dem Verbot der entschädigungslosen Legal-Enteignung. Das habe zur Folge, daß dem demokratischen Gesetzgeber im Widerspruch zu seinem sozialstaatlichen Auftrag in einem wesentlichen Punkt die Hände gebunden seien. Denn soziale Gestaltung könne nicht zu Lasten der Allgemeinheit erkauft werden.

Die folgenden Ausführungen sind darauf beschränkt, den Gedankengang Ipsens wiederzugeben. Im Hinblick auf das Untersuchungsobjekt dieser Arbeit erscheint weder eine Stellungnahme zu der Verfassungsinterpretation Ipsens noch eine ökonomische Beurteilung seiner Auffassung - etwa unter Berücksichtigung ausländischer Erfahrungen - erforderlich. Hingegen soll der Weg aufgezeigt werden, den Ipsen einschlug, um die Möglichkeit des demokratischen Staates zu sozialer Gestaltung offenzuhalten. Wenn - nach seiner Annahme - die Enteignung infolge der rechtsstaatlichen "Hypothek der Entschädigungspflicht" als Mittel zu sozialstaatlicher Bestimmung der Eigentumsverfassung ausschied, dann standen dafür nach der verfassungsrechtlichen Regelung des Grundgesetzes nur die entschädigungslose Eigentumsbindung und die Sozialisierung zur Verfügung. Folgerichtig unternahm es Ipsen, deren

Charakter als sozialstaatliche Gestaltungsmittel nachzuweisen.

Er ging davon aus, daß das Grundgesetz die Inhaltsbestimmung des Eigentums ausdrücklich dem Gesetz zuweise und vorbehalte (24) und damit dem demokratischen Staat das Recht zur "positiven Normierung des Eigentümer-Machtbereiches" (25) einräume. Durch die Sozialbindung des Eigentums (26) werde diese Aufgabe in eine bestimmte Richtung gewiesen. Wenn nämlich das Sozialstaatsbekenntnis der Verfassung nicht "verkümmern" solle, dann müsse die Sozialbindung des Eigentums mehr sein als ein "sozial-ethischer Appell an den einzelnen". Vielmehr habe sie bei der Inhaltsbestimmung des Eigentums dem Gesetzgeber als "vornehmste und wesentlichste Handhabe des Grundgesetzes zur Entfaltung einer Sozialstaatlichkeit" zu dienen (27).

Hatte es Ipsen vorher als undurchführbar bezeichnet, solche soziale Gestaltung mit der Befriedigung von Entschädigungsansprüchen zu Lasten der Allgemeinheit zu erkaufen, dann kam es entscheidend darauf an, wo die Grenze zwischen entschädigungsloser gesetzlicher Eigentumsbindung und entschädigungspflichtiger gesetzlicher Enteignung gezogen wurde. Die "lange leidvolle Geschichte" (28) solcher Differenzierungsversuche ist hier nicht nachzuzeichnen. Bedeutsam sind dagegen die Erwägungen, die Ipsen seiner eigenen Stellungnahme zu diesem Problem zugrunde legte: (29)

Fasse man den Begriff der Enteignung möglichst eng, dann begrenze man zwar den Kreis solcher Eingriffe, die bei weiterer Fassung als Enteignung anzusehen wären, demnach Entschädigungspflicht auslösten und damit als Mittel sozialstaatlicher Gestaltung ausschieden. Aber es sei dann erforderlich, auch bestimmte Eigentumsbeschränkungen für entschädigungspflichtig zu erklären. Der einheitliche Begriff der entschädigungslosen Eigentumsbindung werde dadurch aufgespalten. Demgegenüber sei es jedenfalls dogmatisch von Wichtigkeit, "für die Normen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2, die den Eigentumsinhalt bestimmen, die Vorstellung aufrechtzuerhalten, daß sie als Ausdruck demokratischer Selbstbestimmung und entschädigungsfrei regeln, was das Eigentum inhaltlich hergibt, und unter ihnen nicht nach Entschädigungsfolgen zu differenzieren" (30).

Ipsen erinnerte daran, daß das Reichsgericht auch bloße Eigentumsbindungen in entschädigungspflichtige Enteignungen umgedeutet habe. Er vermochte daher die "optimistische Erwartung" nicht zu teilen, ein solcher Vorgang werde sich zukünftig nicht wiederholen und die Rechtsprechung werde imstande sein, die soziale Pflichtgebundenheit des Eigentums befriedigend zu umgrenzen (31).

Mit der Verwendung eines weiten Enteignungsbegriffes und seiner Abgrenzung gegen die stets entschädigungslose gesetzliche Inhaltsbestimmung und Beschränkung des Eigentums werde zwar die "Souveränität des Gesetzes" gewonnen und behauptet, "den Inhalt des Eigentums ohne Bindung durch Entschädigungsgesichtspunkte zu bestimmen und auch sozialer Gestaltung zu erschließen" (32). Aber der Spielraum zu solchem sozialstaatlichen Handeln sei dann - infolge der Zwangslage, in die das Verbot entschädigungsloser Legal-Enteignung den Sozialstaat gebracht habe - erheblich eingeengt.

Ipsen kam schließlich zu folgendem Ergebnis:

> "Dogmatisch halte ich die Reinerhaltung des Begriffs der entschädigungsfreien gesetzlichen Inhaltsbestimmung für wesentlicher als die Restauration des engeren Begriffs der Enteignung. Sozialstaatlicher Gestaltung dient es mehr, für gesetzliche Eigentumsbindungen, die besondere Opfer verlangen, notfalls die Entschädigung durch Bundesgesetz ausschließen (I. Orig. nicht hervorgehoben) zu können. Da dieses 'notfalls' heute in manchem gegeben ist und soweit unser Vertrauen zum Gesetzgeber reicht, neige ich dieser Lösung zu und würde ich den dogmatischen Nachteil in Kauf nehmen" (33).

An dieser Entscheidung erweist sich, daß der Gedankengang Ipsens von dem Bestreben geprägt ist, der Entfaltung des Sozialstaates durch den demokratischen Gesetzgeber im Bereich der Eigentumsverfassung gegenüber den rechtsstaatlichen Barrieren des Grundgesetzes Raum zu geben. Dem liegt letztlich der Glaube an die Möglichkeit zugrunde, in demokratischer Selbstbestimmung die Sozialordnung gerecht zu gestalten. Den Schlüssel zu dieser Grundeinstellung bildet der Satz, der - unmittelbar im Anschluß an das Bekenntnis zum Sozialstaat - am Anfang seines Referates steht:

> "Zur Vorstellung vom Sozialstaat gehört notwendig die Einsicht, daß Sozialgesetzgebung den gesetzlichen Eingriff in private Interessen voraussetzt und das Gesetz Rang und Prädikat einer demokratischen Mehrheitsentscheidung besitzt und verdient" (34).

Erst im Zusammenhang damit gewinnt die spätere - zunächst unklar erscheinende - Formulierung "soweit unser Vertrauen zum Gesetzgeber reicht" ihr volles Gewicht. In der Verbindung mit einer Reihe ähnlicher Aussagen eröffnen diese beiden Sätze allerdings einen weiteren bedeutsamen Einblick in die politischen und soziologischen Vorstellungen, auf denen Ipsens Vortrag aufgebaut ist. Dazu ist noch eine Gegenüberstellung erforderlich: Wohl läßt Ipsen keinen Zweifel an seiner Auffassung, daß der demokratische Gesetzgeber, also das Parlament, die Aufgabe zu lösen vermöge, durch demokratischen Mehrheitsbeschluß zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit beizutragen. Die Vorstellung hingegen, die Richter seien heute eher als das Reichsgericht imstande, die Sozialbindung des Eigentums befriedigend zu umgrenzen, erscheint ihm als "optimistische Erwartung".

Die juristische Untersuchung Ipsens über die Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung wird einerseits mit der erklärten Absicht geführt, in ihrem Ergebnis der Entfaltung des Sozialstaats zu dienen. Während dabei das Sozialstaatsbekenntnis auf die Eigentumsgarantie umwandelnd einwirkt, zeigt sich Ipsens Anerkennung rechtsstaatlicher Verfassungsentscheidungen darin, daß er die Entschädigungspflicht für Enteignungen respektiert. Soweit jedoch der Gehalt der Grundrechte Spielraum zu Ausdeutung gibt, wird dieser dazu benutzt, um die Tendenz des Grundgesetzes nach "hierarchischer Überhöhung" der richterlichen über die gesetzgebende Gewalt zu mildern.

Zum Sozialisierungsartikel des Grundgesetzes (GG Art. 15) führte Ipsen aus, bei seiner Einordnung in die Gesamtstruktur der Verfassung und ihrer Staatszielbestimmung dürfe man seinen zufälligen Standort im Grundrechtsabschnitt, seine unmittelbare Nachbarschaft zur Eigentumsgarantie und seine Umhüllung durch Enteignungsbegriffe nicht überschätzen. Dann nämlich bestehe die Gefahr, daß die Einsicht in Wesen und Autonomie der Sozialisierung verloren gehe: Nur wegen seiner Einfügung in den Grundrechtsteil habe der Artikel nicht primär die Funktion, "die Zuordnung der privaten und der öffentlichen Herrschaftssphäre vom Standpunkt des Einzelnen aus defensiv zu bestimmen" (35), also das Privatunternehmen durch Wertersatz und Gerichtsschutz gegen staatliche Sozialisierungsmaßnahmen abzuschirmen.

Das Wesen dieser Verfassungsnorm ergebe sich vielmehr aus der "Eigenständigkeit der seit Jahrzehnten entwickelten und in der heutigen Sozial- und Wirtschaftsordnung vorhandenen und nachweisbaren Wirksamkeit der Sozialisierungsidee". Aus dem Bekenntnis der Verfassung zu sozialstaatlicher Gestaltung sei die Sozialisierung legalisiert und zum Inhalt der wirtschaftspolitischen Entscheidung des Grundgesetzes gemacht (36).

Sei aber der Sozialisierungsartikel nicht primär als Grundrecht zum Schutz des status quo, sondern als "normativ verbindliche Zielbestimmung einer prinzipiellen Eigentumsneuordnung in den von ihm erfaßten Bereichen" zu deuten, so müsse dieser Tatbestand zu einer weiteren Erkenntnis führen: Der Artikel stelle kein Grundrecht des status negativus oder libertatis dar, der sich gegen die öffentliche Gewalt richte, sondern er enthalte - "zumindest reflexartig" - einen 'status socialis positivus' zugunsten der Gruppen (vor allem der am Produktionsprozeß Beteiligten), deren Teilhabe an der Eigentumsordnung der Produktivgüter vor deren Vergesellschaftung nicht gegeben sei (37). In diesem Sinne komme der Sozialisierungsbestimmung des Grundgesetzes "eine (wenn auch begrenzte und rechtsstaatlich gebändigte) 'fortschrittliche' Funktion zu", die sie von der im übrigen indifferenten und konservativen Haltung des Grundgesetzes gegenüber sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen seiner Vorzeit und gegenüber außerrechtlichen, revolutionären Einwirkungen auf erworbene Rechte deutlich unterscheide.

Der Zweck der Vergesellschaftung, an den das Grundgesetz die Zulässigkeit jeder Sozialisierungsmaßnahme knüpfe, müsse aus dem Wesen dieses Begriffes bestimmt werden. In der Dogmatik unserer geltenden Unternehmensverfassung sei der Begriff 'Vergesellschaftung' zwar juristisch indifferent. Solle er aber einen Sinn gewinnen, "der zugleich dem historisch und wirtschaftspolitisch entstandenen Postulat der Sozialisierung entspricht", so verlange er die" Ablösung der individuellen, auf Eigennutzen gerichteten und nur den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbindungen unterworfenen Eigentumsherrschaft mindestens durch eine Mehr- (Plural-, Mit-)herrschaft, kraft deren bislang von der Eigentumsherrschaft ausgeschlossene soziale Gruppen künftig an ihr beteiligt werden" (38).

Die Ausführungen Ipsens zum Sozialisierungsartikel, der zweiten Verfassungsbestimmung, die die Eigentumsverfassung regeln soll, zeigen das gleiche Bestreben wie seine Darlegungen zur Inhaltsbestimmung

des Eigentums durch den Gesetzgeber: die Funktion der behandelten Normen als Mittel zu sozialstaatlicher Gestaltung hervorzuheben. Bei der Würdigung des Sozialisierungsartikels geht er von der geschichtlichen Entwicklung der Sozialisierungs i d e e aus; er greift also - geradezu im Gegensatz zu der Stellung des Artikels im Aufbau der geschriebenen Verfassung - auf die politische Ideengeschichte zurück. Den Ausschlag für eine solche Interpretation gibt seine Auffassung, daß das Wesen der Sozialisierungsbestimmung aus dem Sozialstaatsbekenntnis der Verfassung gedeutet werden müsse. Wieder also erweist sich die Kraft der Verfassungsentscheidung für den Sozialstaat, auf den Umfang rechtsstaatlicher Ausgrenzungsbereiche - hier der Garantie des Privateigentums - bestimmend einzuwirken.

Aber zugleich deutet sich ein weiterer Gedanke an. Mit der These Ipsens, die Sozialisierung werde ihrer sozialstaatlichen Zielsetzung nur dann gerecht, wenn sie die T e i l h a b e bisher ausgeschlossener Gruppen an der neu geordneten Eigentumsherrschaft verwirkliche, wird dem Sozialstaatsgedanken selbst eine bestimmte, verbindliche Richtung gewiesen. In diesem Gedankengang findet sich - unausgesprochen - die Erkenntnis, daß sozialstaatliche Gestaltungsmaßnahmen ihrerseits in bestimmter Richtung verlaufen müssen, wenn ein solcher Sozialstaat zugleich die Prinzipien der Demokratie entfalten soll.

Ipsen hat nicht beabsichtigt, den Sozialstaat allgemein und umfassend zu behandeln. Vielmehr wollte er an einem Ausschnitt aus der Sozialordnung - der Eigentumsverfassung - darlegen, daß mit dem sozialstaatlichen Verfassungsauftrag die Wirtschafts- und Sozialordnung prinzipiell - bei Wahrung eines rechtsstaatlichen Schutzkerns - zur Disposition der demokratischen Selbstbestimmungsorgane gestellt sei. Es war bei diesem Versuch unvermeidlich, das Verhältnis der Sozialstaatsformel zu den beiden anderen Bestandteilen der Staatszielbestimmung, dem Bekenntnis zu Rechtsstaat und Demokratie, zu klären.

Obwohl Ipsen diese Aufgabe nicht systematisch durchgeführt hat, läßt sich aus seinen Darlegungen folgendes Ergebnis ableiten:

1. Das Sozialstaatsbekenntnis l e g i t i m i e r t die demokratischen Selbstbestimmungsorgane zur (Um-)Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung mit dem Ziel sozialer Gerechtigkeit. Der Umfang rechtsstaatlicher Schutznormen - insbesondere der Eigentumsgarantie - ergibt sich daher weitgehend aus der Mehrheitsentscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers.

2. Der sozialstaatliche Auftrag steht im Widerspruch zu der "status - quo - sichernden ... Ausgangsstellung des Grundgesetzes". Während die Eigentums- und Wirtschaftsordnung "der sozialstaatlichen Gestaltung im Sinne des Grundgesetzes im wesentlichen noch harrt", hat sich die Verfassung andererseits "in der Anerkennung aller (wohl-)erworbenen konkreten Eigentumsrechte ganz eindeutig für den Rechtsstaat als Konservierung entschieden und alle Fragen notwendiger sozialer Umgestaltung von sich selbst auf den Weg der künftigen Gesetzgebung verwiesen" (39).

3. Das Bekenntnis zur Demokratie weist solchen sozialstaatlichen Gestaltungsmaßnahmen eine bestimmte Richtung. Innerhalb der generellen Legitimation zur Gestaltung der sozialen Ordnung ist der Gesetzgeber inhaltlich gebunden: Seine Entscheidungen müssen den Prinzipien der Demokratie, insbesondere dem Gedanken der gleichberechtigten Teilhabe, entsprechen. Die sozialstaatliche Ermächtigung des demokratischen Staates soll diese Prinzipien über den politischen Bereich hinaus auf die Wirtschafts- und Sozialordnung ausdehnen. Das Sozialstaatsbekenntnis erhält damit die Funktion zu verhindern, daß die Verfassungsentscheidung für den Rechtsstaat einseitig als Sanktionierung des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen status quo betrachtet wird. Es dient als Leitprinzip, um ehemals rein defensiv gegen den Staat gerichtete rechtsstaatliche Schutznormen - insbesondere die Eigentumsgarantie - umzudeuten, ohne jedoch ihren Wesensgehalt anzutasten. Beschränkt also einerseits die Sozialstaatsformel den Umfang des grundrechtlichen Freiheitsbereichs, so setzt die rechtsstaatliche Ausgangsstellung des Grundgesetzes andererseits eine doppelte Grenze: durch das Gebot, den Wesensgehalt der Grundrechte nicht anzutasten, und - im Falle der Eigentumsgarantie - durch das Verbot der entschädigungslosen Enteignung.

Die Staatszielbestimmung des "demokratischen und sozialen Rechtsstaates" stellte sich damit als ein Balancesystem aus vorantreibenden und hemmenden Bestandteilen dar. Ipsen hat nicht nur die theoretische Begründung dieses Spannungsverhältnisses aus den unterschiedlichen Zielsetzungen der sozialverpflichteten Demokratie und des - auch - gewährleistenden Rechtsstaates angedeutet. Er berührte auch die Frage, welchen Kräften diese Impulse und hemmenden Elemente in der Verfassungswirklichkeit zuzuordnen seien. Dabei hatte er sich mit dem Verhältnis zwischen Richtertum und Parlament auseinanderzusetzen. In dieser Frage war bereits durch den Ausgangspunkt Ipsens eine bedeutsame Entscheidung gefallen. Indem Ipsen dazu aufforderte, das Bekenntnis zum Sozialstaat ernst zu nehmen, und indem er die Sozialstaatsformel als Verfassungsauftrag zur (Um-)Gestaltung der sozialen Ordnung deutete, hatte er das Gewicht der demokratischen Selbstbestimmungsorgane gegenüber den Kontrollorganen des Rechtsstaates verstärkt. Dieses Ergebnis deckt sich mit der Einstellung zu Richtertum und Parlament, die Ipsen an mehreren Stellen erkennen läßt: Dem Vertrauen in die demokratische Mehrheitsentscheidung steht die Skepsis gegenüber, mit der er die Tendenz des Grundgesetzes nach 'hierarchischer Überhöhung der richterlichen über die gesetzgebende Gewalt' betrachtet.

2. Der Verlauf des Diskussion unter dem Einfluß Ipsens

Ipsens entschiedenes Eintreten für ein verstärktes Gewicht der Sozialstaatserklärung hat den Verlauf der Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat bis zu Forsthoffs Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung maßgeblich beeinflußt. Zugleich wurde dadurch aber die Diskussion auch eingeengt: Von seinem Thema her hatte Ipsen die Bedeutung der Sozialstaatsklausel am Beispiel der Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes aufgezeigt. Diese thematische

Begrenzung wurde zunächst auch in den folgenden Diskussionsbeiträgen übernommen, die teils Ipsens Gedankengang weiterführten, teils ihm scharf widersprachen. Auch in Forsthoffs Referat über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" wird diese Auseinandersetzung über die Eigentumsverfassung fortgesetzt. Forsthoffs Ablehnung richtet sich einmal gegen die Auffassung Ipsens, zum anderen aber gegen die Folgerungen, die von Ernst Knoll (40) daraus gezogen wurden.

a) Die Weiterführung der Gedanken Ipsens bei Ernst Knoll und Helmut Ridder

Knoll findet es verständlich, daß der Grundrechtsteil des Grundgesetzes zunächst den Eindruck eines "großen Zuges zur Restauration" erwecken könne: Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung enthalte das Grundgesetz keinen Abschnitt über das Wirtschaftsleben, keine Bestimmungen über Arbeitsrecht oder Mitbestimmung, und es verbiete jede entschädigungslose Enteignung (41).

"Ist der Staat des Grundgesetzes", fragt Knoll, "also danach ein 'Rechtsstaat' in dem engen Sinne, daß er sich zur Aufgabe gemacht hat, die bestehenden tatsächlichen Macht- und Eigentumsverhältnisse zu erhalten und bewahren, sie gegen jede Möglichkeit grundlegend ändernder Eingriffe zu schützen und ihre Stellung noch zu stärken?" (42)

Obwohl er eine solche Auffassung teilweise als berechtigt gelten läßt, ist Knoll selbst anderer Ansicht. In die Zielsetzung der Grundrechte, "die gefährdeten sittlichen Güter der abendländischen Kultur zu erhalten und zu sichern", dürfe man nicht alles einbeziehen, was - vor allem unter der Weimarer Verfassung - als 'Eigentum' bezeichnet worden sei:

> "Die erwähnte Grundtendenz der Grundrechte betrifft nur das 'Eigentum', das aus individual- wie sozialethischen Gründen anerkannt, gewertet und als für die Erhaltung der Menschenwürde und eines gesunden Volksaufbaus unentbehrlich angesehen wird, nicht aber das ganz andersartige, wenn auch von einer verkehrten Begriffsbildung ebenfalls als 'Privateigentum' angesprochene Machteigentum, das, wie alle ungezügelte Gewalt, die Gefahr des Mißbrauchs mit sich bringt". (43)

Im Grundgesetz selbst findet Knoll für diese Ansicht eine Stütze. Er verweist auf die "Ausrichtung des ganzen Staatswesens auf den 'Sozialstaat'", die "gar nicht ernst genug" zu nehmen sei. (44) Im Sozialstaatsbekenntnis erblickt er eine eindeutige Absage an jedes Restaurationsbestreben und zugleich das Gebot, die Grundrechte umzudeuten: In ihre Auslegung solle alles aufgenommen werden, "was sich in den letzten Menschenaltern - auf der Grundlage der umstürzenden Änderungen der gesamten staatlichen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse - an Wandlungen in den Auffassungen über das Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft, über die Befugnis des Staates zum lenkenden Eingreifen in das Wirtschaftsleben, die Auswirkung des ernstgenommenen Grundsatzes der Würde des Menschen auf die sozialen Verhältnisse, die Unterscheidung des Gebrauchs-, Verbrauchs-

und Arbeitseigentums als privater Angelegenheit von dem Machteigentum als öffentlicher Angelegenheit usw. entwickelt hat". (45)

Knoll erkennt das Spannungsverhältnis zwischen der rechtsstaatlichen Tendenz zur Erhaltung des Bestehenden und dem ständigen Wandel der tatsächlichen Verhältnisse, der durch die Sozialstaatserklärung berücksichtigt werden soll.

Es ergäben sich daher Schwierigkeiten, "soweit es sich um solche Maßnahmen handelt, die sich nicht im Rahmen der als geltend anerkannten und gebilligten Rechts- und Wirtschaftsordnung abspielen, sondern eine neue Ordnung auf diesen Gebieten schaffen sollen". (46)

Eine solche umstrittene Maßnahme, die Bodenreformgestzgebung der Nachkriegsjahre, steht im Mittelpunkt der Ausführungen Knolls. Er grenzt zunächst die Bodenreform als 'Maßnahme zur Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse' von der - nach dem Grundgesetz stets entschädigungspflichtigen - Enteignung ab. (47)

Zu der ersten Gruppe gehörten zumindest die Bodenreformmaßnahmen in der britischen Zone, denn die britische Militärregierungsverordnung, auf der sie basierten (48), lege als erstes Ziel fest, "den politischen und wirtschaftlichen Einfluß des Großgrundbesitzes durch Festlegung der höchstzulässigen Größe des in einer Hand befindlichen Grund und Bodens zu verringern" (49).

In einem solchen Falle genieße dieses Eigentum nicht mehr den Schutz der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie. Für diese These zog Knoll wiederum des Sozialstaatsbekenntnis heran, das auf dem Gebiete des Eigentumsrechts durch den Art. 14 Abs. 2 GG ("Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich der Allgemeinheit dienen".) seine Anwendung finde. Im Zusammenhang mit der Staatszielbestimmung bedeute diese Sozialbindung des Eigentums,

> "daß das Grundgesetz seinen besonderen rechtlichen Schutz nur den rechtlichen Befugnissen - z.B. in Bezug auf Grund und Boden - gewährt, die sich im Rahmen halten einer Eingliederung der verschiedenen Volkskreise in den demokratischen Staat, der keine übermäßige Machtzusammenballung dulden darf, und in den sozialen Staat, mit dessen Erfordernissen eine ungebundene wirtschaftliche Macht über andere Glieder der Rechtsgemeinschaft ... unvereinbar ist ..." (50).

Die Bodenreformgesetze beruhten durchweg auf dem Gedanken, daß es Großgrundeigentum in Deutschland nicht mehr geben dürfe. Damit liege das Großgrundeigentum außerhalb des Rahmens, der für den Inhalt des Eigentums durch diese Gesetze in zulässiger Weise gezogen sei. Es sei nicht mehr anerkanntes, geschütztes Eigentum im Sinne des Grundgesetzes (51). Da aber im Sinne der Verfassung nur die Fortnahme verfassungsmäßig geschützten Eigentums eine Enteignung darstelle, könne die Bodenreform keine Enteignung sein. Sie sei vielmehr Inhaltsbestimmung des Eigentums und unterliege demnach nicht dem Entschädigungszwang, der für Enteignungen gelte.

Knoll hatte schließlich die Frage zu beantworten, ob solche sozialstaatlichen Gestaltungsmaßnahmen mit einer der wichtigsten rechts-

staatlichen Schutzgarantien des Grundgesetzes vereinbar seien: mit der Bestimmung des Art. 19 Abs. 2, daß kein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Er verwies dazu auf die Zuständigkeit und Aufgabe des Parlaments, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Im Falle der Bodenreformgesetzgebung werde dieser Wesensgehalt nicht nur nicht angetastet, sondern im Einklang mit der Staatszielbestimmung des Grundgesetzes erst richtig herausgestellt:

> "Das Wesen des gesunden, demokratischen, sozialen Eigentums am Boden ist das Eigentum des selbständigen Mannes auf eigener Scholle, nicht aber des Herrschers über weite Gebiete und die auf ihnen wohnenden Menschen, verbunden mit der Befugnis, die anderen Genossen der Rechtsgemeinschaft von dieser wichtigsten Grundlage des Lebens und Wirkens 'nach Belieben' auszuschließen" (52).

Im Ergebnis sind die Ausführungen Knolls denen Ipsens ähnlich. Aber die Konsequenzen, die sich aus dem Einfluß der Staatszielbestimmung des "demokratischen und sozialen Rechtsstaates" auf den Grundrechtsteil der Verfassung ergeben, werden hier noch deutlicher:

1. Ebenso wie Ipsen deutet Knoll das Sozialstaatsbekenntnis als Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber, die soziale Ordnung zu gestalten. Auch er betont seine Funktion, die Kluft zwischen der status quo-sichernden Teiltendenz des Rechtsstaates und dem Wandel der sozialen Verhältnisse und Anschauungen durch eine Umdeutung und Ergänzung der Grundrechte zu überbrücken. Gestützt auf die Sozialstaatsformel, ist also das Parlament ermächtigt, den Umfang rechtsstaatlicher Schutznormen durch demokratischen Mehrheitsbeschluß zu bestimmen.

2. In gleicher Weise wie Ipsen erkennt Knoll über diese sozialstaatliche Vollmacht hinaus eine inhaltliche Bindung des Parlaments aus der Verfassungsentscheidung für die Demokratie. Der Gesetzgeber hat nicht nur die Gerechtigkeitsvorstellungen des Sozialstaates zu verwirklichen. Er muß sich ebenso von den Prinzipien der Demokratie leiten lassen, die - schon um ihrer eigenen Existenz willen - keine illegitime private Machtzusammenballung dulden darf und den Gedanken der Selbstbestimmung auch im wirtschaftlich-sozialen Bereich zur Geltung bringen will.

3. Schärfer jedoch als bei Ipsen kommt der Vorrang der sozialstaatlich legitimierten demokratischen Selbstbestimmung vor rechtsstaatlichen Schutzgarantien zum Ausdruck. Zumindest gegenüber der gesetzlichen Inhaltsbestimmung des Eigentums interpretiert Knoll die entscheidende rechtsstaatliche Schutzvorschrift, daß der Wesensgehalt eines Grundrechts nicht angetastet werden darf, in folgender Weise: "Soweit diese Gesetze eine Abgrenzung des grundgesetzlich anzuerkennenden Eigentums von solchem 'Eigentum' vornehmen, dem der besondere Grundrechtsschutz zu versagen ist, können diese Gesetze selbst nicht eine Verletzung des erst von ihnen näher zu bestimmenden Wesensgehalts dieses Grundrechtes sein" (53). Was als Wesensgehalt der Eigentumsgarantie den Schutz der Verfassung genießen soll, wird von der demo-

kratischen Mehrheit entschieden. Als Richtlinie bei dieser Entscheidung haben dem Gesetzgeber wiederum das Gerechtigkeitsideal des Sozialstaates und das Selbstbestimmungsprinzip der Demokratie zu dienen.

Dieser Gedanke läßt sich an Knolls Ausführungen zu den Bodenreformgesetzen deutlich erkennen: Dem Großgrundeigentum wird der Schutz der Verfassung versagt,

a) weil es mit den Prinzipien der Demokratie nicht vereinbar ist: Es stellt eine Zusammenballung unkontrollierter Privatmacht dar;

b) weil es den Gerechtigkeitsvorstellungen des Sozialstaates entgegensteht: Zugunsten übermäßiger Ausschließungsbefugnisse einzelner wird die Teilhabe anderer Mitglieder der Rechtsgemeinschaft am Boden verhindert.

Umgekehrt wird das Ziel der Bodenreformgesetze, das 'Eigentum des selbständigen, freien Mannes auf eigener Scholle' als demokratisches und soziales Eigentum legitimiert.

Knolls Ausführungen beruhen auf der gleichen Grundeinstellung gegenüber Parlament und Richtertum, die bei Ipsen aufgezeigt wurde: Einerseits setzen sie das Vertrauen in die Fähigkeit demokratischer Selbstbestimmungsorgane voraus, sozial gerechte Entscheidungen zu fällen, bei der Umgestaltung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung die iustitia distributiva zu verwirklichen. Andererseits will Knoll die Aufgabe der Richter darauf beschränken, auch eine solche neugeschaffene Ordnung als gegeben hinzunehmen und lediglich in ihrem Rahmen im Sinne der iustitia commutativa zu entscheiden (54).

Auch für diese Forderung sind die politisch-soziologischen Vorstellungen erkennbar, aus denen sie entspringt. Knoll legt dar, welche Gefahren er für den Bestand solcher parlamentarischer Entscheidungen sieht, die eine mehr oder minder grundsätzliche Umwälzung des gesellschaftlichen Aufbaus herbeiführen sollen:

> "Das neue Recht ist mit dem bestehen gebliebenen alten Rechtssystem schwer vereinbar, die mit der Wahrung des Rechts nach wie vor betrauten Kreise in Verwaltung, Rechtsprechung und Wissenschaft stehen der Neuerung, z.T. vielleicht aus inneren Gründen, ablehnend oder zum mindesten ohne Verständnis gegenüber, und die in Angriff genommene Reform droht zu versanden, wenn im Laufe der Zeit die hinter ihr stehenden Machtimpulse schwächer werden" (55).

Wenn es jedoch - nach Ansicht Ipsens und Knolls - zum sozialstaatlichen Auftrag des demokratischen Gesetzgebers gehören sollte, den Wesensgehalt des Privateigentums zu bestimmen, würde dann diese Forderung auch für andere Grundrechte erhoben werden? Mußte das nicht schließlich zu der These Ridders führen, im Grundgesetz sei "die Sozialstaatlichkeit gegenüber den zum formalisierten Rechtsstaatsbegriff Carl Schmittscher Provenienz gehörenden individuellen Freiheiten zweifellos der primäre Wert" (56)?

Schon hatte man ja begonnen, zwischen Rechtsstaat und Justizstaat zu unterscheiden. Schon warf man dem "bis zum Exzeß gesteigerten Bonner Justizstaat" vor, daß er "infolge der Einrichtung bzw. Zulassung von Verfassungsgerichten eine letztliche Suprematie des Parlaments unmöglich" mache "und somit allfällige heilchirurgische Eingriffe der demokratischen Volksvertretung" verhindere (57). Schon wurde ein "energischer verfassungsändernder Schnitt" für diejenigen Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts gefordert, deren "schlecht bedachte überschießende Justizstaatlichkeit der demokratischen und sozialen Staatlichkeit widerstreitet" (58).

Konnte aber der soziale Auftrag die Entscheidungen der demokratischen Mehrheit so nachhaltig legitimieren, welche rechtsstaatlichen Barrieren hatten dann vor ihrem sozialstaatlichen Gestaltungswillen überhaupt noch Bestand? Würde nicht die ständige Versuchung der Demokratie zum "forschen Mehrheitsentscheid" (Kägi) zur Gefahr für den Rechtsstaat werden? Und schließlich: War man überhaupt berechtigt, als Ergebnis der parlamentarischen Willensbildung sozial gerechte Entscheidungen zu erwarten?

Die Trennungslinie innerhalb der Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat wird damit sichtbar. Wer diese Fähigkeit der im Parlament vertretenen politischen Kräfte bezweifelte, mußte darauf bedacht sein, die bestehende Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zumindest in ihren Grundlagen ihrem Zugriff zu entziehen. Er mußte die Garantie des status quo zum Wesensbestandteil des Rechtsstaates erklären und demnach die Auffassung zurückweisen, das Sozialstaatsbekenntnis enthalte den Auftrag an die demokratischen Selbstbestimmungsorgane, die soziale Ordnung zu gestalten.

Das Referat Ernst Forsthoffs über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" war durch dieses Bemühen gekennzeichnet. Noch vorher hat jedoch Werner Weber die gleiche Position bezogen: Auch sein Beitrag steht in entschiedenem Gegensatz zu den Auffassungen Ipsens, Ridders und Knolls (59).

b) Der Protest Werner Webers

Weber sieht in der Sozialisierung und der Bodenreform die "heute wichtigsten Erscheinungsformen der sozialen Umschichtung" (60). Im Mittelpunkt seiner Ausführungen steht die These:

> "In einer rechtsstaatlichen Verfassung hat eine 'soziale Umschichtung' (Sozialentwährung) keinen legitimen Standort" (61).

Sie sei vielmehr ein Vorgang, "der sich auf revolutionäre Legitimität gründet und sich revolutionärer Formen der Durchführung bedient". Revolutionär sei einmal "der auf Umgestaltung der Sozialordnung, und zwar auf deren fundamentale Umgestaltung gerichtete politische Wille überhaupt". Außerdem greife die soziale Umschichtung bestimmte Schichten heraus und verstoße damit gegen das rechtsstaatliche Gleichheitsprinzip. Schließlich sei ihr "wesentliches revolutionäres Merkmal die Entrechtung ohne Ausgleich der zugefügten Rechtsminderung, also unter Mißachtung der Eigentümerposition als solcher" (62).

Aus der rechtsstaatlichen Sicht des Grundgesetzes müsse die Bodenreform eine Enteignung darstellen, die zur Entschädigung nach Äquivalenzmaßstäben verpflichte. Diese könne jedoch eine soziale Umschichtung schon begrifflich nicht gewähren, "weil sie eine wirtschaftliche (soziale, gesellschaftliche) Machtposition im ganzen vernichten und nicht bloß gegen eine andere austauschen will". Zudem sei eine solche Entschädigung auch praktisch nicht möglich, "weil die soziale Umschichtung in aller Regel so große Vermögensmassen ergreift, daß dafür Äquivalente überhaupt nicht aufgebracht werden können" (63).

Weber weist auch den Einwand zurück, daß das Grundgesetz als rechtsstaatliche Verfassung doch die Möglichkeit der Sozialisierung, also von Maßnahmen zur Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse vorsehe. Noch in der Diskussion über Ipsens Referat auf der 10. Staatsrechtslehrertagung 1951 war er allerdings anderer Ansicht gewesen. Weber legte damals dar, daß es praktisch nie zu einer Sozialisierung kommen könne, wenn man für die Sozialisierung eine volle Entschädigung - wie bei der Enteignung - fordere. Art. 15 GG würde dann die Sozialisierung ausschließen, statt sie zu ermöglichen. Einer solchen Auslegung des Art. 15 GG, "die praktisch die Sozialisierung verhindert", wollte er damals "keinesfalls ... das Wort reden" (64).

Inzwischen hat Weber jedoch seine Auffassung geändert. Er meint nun, indem das Grundgesetz auch für die Sozialisierung eine Entschädigung in Anlehnung an die Entschädigungsprinzipien bei der Enteignung vorschreibe, sei die Annahme ausgeschlossen, daß es sich dabei um einen "echten Anwendungsfall jener revolutionären sozialen Umschichtung" handeln könne. Unter diesen Umständen erscheint es ihm fraglich, ob "Art. 15 GG im Rahmen des rechtsstaatlichen Systems der Verfassung überhaupt eine wesentliche praktische Bedeutung entfalten kann und ob er in ihr nicht vielmehr bloß einen eingekapselten Fremdkörper bildet" (65).

Wer eine soziale Umschichtung durchführen wolle, müsse demnach "den Mut zu einer revolutionären Tat haben und sich zu ihr wie zur Absage an die Prinzipien der rechtsstaatlichen Verfassung bekennen" (66).

Das wesentlichste und bedeutsamste Ergebnis Webers war also die These, im Rechtsstaat sei eine Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse nicht möglich. Zur Begründung dieser Ansicht mußte er einen Rechtsstaatsbegriff aufstellen, der sich in der Garantie des status quo erschöpfte.

Erkannte er dabei die Gerechtigkeitsforderung im Sinne der iustitia distributiva als Wesensbestandteil des Rechtsstaates an, dann mußte er folgerichtig die Auffassung vertreten, die Macht- und Besitzverteilung innerhalb der bestehenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung sei in sich gerecht und daher keiner Umgestaltung bedürftig. Wollte er hingegen diese Konsequenz nicht ziehen, so mußte sein Rechtsstaatsbegriff ein anderer sein und folglich zu einem anderen Schluß führen: Er hatte dann keinen materiellen Gehalt im Sinne des Gerechtigkeitspostulats, war rein formalistisch gedacht und hatte auch den Bestand solcher gesellschaftlicher Verhältnisse zu garantieren, die

von der Mehrheit als ungerecht empfunden wurden. Der Rechtsstaat würde dann Maßnahmen zur Durchsetzung sozialer Gerechtigkeit verhindern und solche Bestrebungen auf den Weg der Revolution verweisen.

Da Webers Darlegungen auf das Grundgesetz bezogen waren, stellte sich zudem die Frage, ob diese beiden möglichen Ergebnisse seines Gedankengangs mit der Verfassungsnorm des demokratischen und sozialen Rechtsstaates in Einklang zu bringen seien und welche Bedeutung insbesondere dem Sozialstaatsbekenntnis der Verfassung dann zukomme.

Ging Weber von der immanenten Gerechtigkeit der bestehenden Sozialordnung aus, dann konnte er die Sozialstaatsklausel nur als Bestätigung und möglicherweise als Garantie eines gegebenen Zustandes auffassen. Die Deutung Ipsens, das Bekenntnis zum Sozialstaat enthalte gerade den Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber, die soziale Ordnung zu gestalten, mußte er demnach zurückweisen.

Erkannte er aber an, daß im Grundgesetz "mit seiner starken Betonung des 'Sozialstaats'" dem "Fortschritt zu 'sozialer Gerechtigkeit'" als leitendem Prinzip aller staatlichen Maßnahmen "noch ein besonderer Akzent" gegeben sei (BVerG) (67), dann mußte er die Sozialstaatsformel als Sollensforderung deuten. In diesem Falle ergab sich eine andere Konsequenz: Da Weber die Gewährleistung des status quo als rechtsstaatliche Aufgabe ansah, mußte er die Möglichkeit einer Entfaltung des Sozialstaates durch 'soziale Umschichtung' im Rahmen einer rechtsstaatlichen Verfassung verneinen und die Verfassungsnorm vom 'sozialen Rechtsstaat' insoweit für unvollziehbar erklären.

Weber läßt in seinem Beitrag zwar Wertungen des sozialen und ökonomischen status quo erkennen, die in seiner - nicht nur auf das Grundgesetz bezogenen - allgemeinen Gleichsetzung des Rechtsstaates mit einem "Staat des status quo" zum Ausdruck kommen. Aber ausreichend ließe sich die Frage, welche politischen Vorstellungen seiner Argumentation zugrunde liegen, erst mit der Analyse weiterer Schriften Webers beantworten. Darauf wird im Rahmen dieser Arbeit verzichtet. Vielmehr stehen die Beiträge Ernst Forsthoffs, die auf der gleichen Rechtsstaatstheorie wie der Aufsatz Webers beruhen, im Mittelpunkt der folgenden Untersuchung. An diesen Beiträgen soll im Vergleich zu anderen Veröffentlichungen Forsthoffs die unterschiedliche politische Grundeinstellung aufgezeigt werden, aus der sich der entscheidende Gegensatz innerhalb des behandelten Ausschnitts aus der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat ergibt. Diese Analyse führt zu einem Ergebnis, das auch für die politische Grundeinstellung Werner Webers, wie sie Otto-Heinrich von der Gablentz (68) aufgezeigt hat, zutreffend ist.

Für den Fortgang dieser Arbeit ist Webers Beitrag zunächst deshalb von Bedeutung, weil mit ihm starke Gegensätze in dem Teil der Diskussion sichtbar wurden, der sich unter dem Einfluß Ipsens mit der Eigentumsverfassung beschäftigte.

So entschieden und nachdrücklich Ipsen und Knoll das Gewicht des Sozialstaatsbekenntnisses zu verstärken gesucht hatten, so kategorisch wurden dann von Weber die zentrale Bedeutung und der Vorrang des Rechtsstaates hervorgehoben. Nach den Beiträgen Ipsens und Knolls stellte sich die Frage, ob ihre Vorstellung vom Sozialstaat mit der rechtsstaatlichen Idee der Eigentumsgarantie vereinbar sei. Weber ließ keinen Zweifel daran, daß sein Rechtsstaatsbegriff die Verwirklichung des sozialstaatlichen Verfassungsauftrages mit den Mitteln der 'sozialen Umschichtung' unmöglich machte. Schließlich hatte sich bei Ipsen und Knoll die Erkenntnis einer wechselseitigen Beziehung zwischen Sozialstaat und Demokratie angedeutet. Weber hingegen erwähnte dieses Problem gar nicht mehr.

Dieser entscheidende Gegensatz beruht auf der unterschiedlichen Beantwortung der Frage, ob das Sozialstaatsbekenntnis der Verfassung den demokratischen Gesetzgeber dazu legitimieren könne, in die Eigentums- und Machtverteilung einzugreifen, ohne an die Entschädigungsprinzipien nach Art. 14 Abs. 3 GG gebunden zu sein. Daß diese Frage als Hauptproblem betrachtet wurde, ließ sich in den Diskussionsbeiträgen rechtfertigen, die die Eigentumsverfassung oder Ausschnitte daraus zum Thema hatten und erst von daher zu einer Erörterung der Staatszielbestimmung führten. Eine allgemeine Würdigung der Verfassungsnorm des "demokratischen und sozialen Rechtsstaates" zu geben, konnten diese Ausführungen daher weder beanspruchen, noch waren sie als solche gedacht. Indessen brachte die starke Beachtung, die diese besprochenen Beiträge fanden, die Möglichkeit mit sich, daß auch in einer allgemeinen Darstellung der Staatszielbestimmung das Thema der Eigentumsverfassung im Vordergrund stehen würde.

Bei diesem Stand der Diskussion wurde Ernst Forsthoff die Aufgabe übertragen, auf der 12. Staatsrechtslehrertagung 1953 über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" zu referieren. Infolge der Bedeutung, die insbesondere dem Referat Ipsens allgemein beigemessen wurde, mußte Forsthoff dabei zu den Fragen nach dem Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat Stellung nehmen, die zunächst am Beispiel der Eigentumsordnung aufgeworfen worden waren. Darüber hinaus hatte er jedoch von seinem weiter gezogenen Thema her diesen Teilbereich zu generellen Aussagen auszuweiten. Schließlich mußte erwartet werden, daß sich Forsthoff trotz der Beschränkung seines Themas auf den sozialen Rechtsstaat mit der These Ipsens und Knolls auseinandersetzen würde, Rechtsstaat und Sozialstaat könnten nicht isoliert von dem Bekenntnis zur Demokratie gedeutet werden.

Forsthoff hat sich von dem Bestreben leiten lassen, den Ausführungen Ipsens und Knolls scharf entgegenzutreten. Dabei bediente er sich zunächst des gleichen Rechtsstaatsbegriffs wie Werner Weber und übernahm im ersten Teil seines Vortrages im wesentlichen dessen Argumente. Darüber hinaus bemühte er sich um die Beantwortung der Frage, die bei Weber offen geblieben war: Wie lassen sich die Existenz und die weitere Entfaltung des Sozialstaates mit dem formalen Rechtsstaatsbegriff vereinbaren? Der Frage nach der Bedeutung der Demokratie für die Staatszielbestimmung des demokratischen und sozialen Rechtsstaates wich er zunächst aus.

II. Forsthoffs Referat über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" auf der 12. Staatsrechtslehrertagung 1953

1. Der Inhalt des Referats

a) Darstellung

Forsthoff ging davon aus, daß der Sozialstaat in vielen Bereichen des Rechtslebens - etwa im Sozialversicherungs-, Arbeits-, Miet- und Baurecht - "verwirklicht oder doch grundsätzlich bejaht und angestrebt" sei. Wäre der Sozialstaat nicht eine Gegebenheit, dann könne "der zweimalige, adjektivische Gebrauch des Wortes sozial" im Grundgesetz schwerlich als grundsätzliche Aussage über die Gesamtstruktur der Verfassung gewertet werden (69).

Das zentrale Problem seines Vortrages sah Forsthoff in der Frage, ob der Sozialstaat in die rechtsstaatliche Struktur der Verfassung eingegangen, ob also "die Verschmelzung von Rechtsstaat und Sozialstaat in einem neuen Verfassungstypus rechtsstaatlicher Prägung von Grundgesetz gemeint und überhaupt möglich" sei (70). Dieses Problem habe sich ergeben, seit Ipsen in seinem Referat über "Enteignung und Sozialisierung" gefordert habe, die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im inneren Zusammenhang mit der Sozialstaatserklärung zu interpretieren.

In der Verfassungsgeschichte seien die Versuche, den Rechtsstaat mit sozialen Gehalten zu erfüllen, durchweg gescheitert. Keiner rechtsstaatlichen Verfassung sei bisher "die Abwendung von den Fixierungen des klassischen Liberalismus in den überkommenen Grundrechten wirklich und für die Rechtspraxis zwingend gelungen" (71).

Hingegen habe in der Verwaltung, die den Anforderungen der sozialen Wirklichkeit nicht ausweichen könne, der Sozialstaat im Laufe der letzten hundert Jahre mehr und mehr Eingang gefunden. Das Verwaltungsrecht habe einen tiefgehenden Umbildungsprozeß durchlaufen, "als dessen Ergebnis heute der Sozialstaat in einer zwar noch nicht abgeschlossenen, aber doch weit fortgeschrittenen Formung vor uns steht" (72).

Auf Grund dieses Gedankenganges gelangt Forsthoff zu dem Ergebnis:

> "Rechtsstaat und Sozialstaat sind zwei bestimmende Komponenten unseres Staatslebens, die sich auf verschiedenen Ebenen rechtlicher Formgebung entfaltet haben" (73).

In dieser These kommt die Gegenposition zur Auffassung Ipsens klar zum Ausdruck, daß die Eigentums- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik "der sozialstaatlichen Gestaltung im Sinne des Grundgesetzes im wesentlichen noch harrt" (74); einer Auffassung, aus der heraus Ipsen das Wesen der Sozialstaatsformel als Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber gedeutet hatte, die Sozialordnung zu gestalten. Hinter diesem Gegensatz steht das Problem, ob das Sozialstaatsbekenntnis primär eine Sollensforderung - eine Aufgabe der Rechtsord-

nung und damit auch des Verfassungsrechts - oder ein Sein - eine Gegebenheit insbesondere des Verwaltungsrechts zum Ausdruck bringe. Indem Forsthoff der Entfaltung des Sozialstaates im historischen Rückblick den Bereich der Verwaltung zuwies, konnte er zunächst für die Vergangenheit die Frage offenlassen, ob die Verschmelzung dieser sozialstaatlichen Elemente mit den rechtsstaatlichen Bestandteilen der Verfassung möglich sei.

Ihre Beantwortung leitete er dann mit einer weiteren bedeutsamen These ein. Er machte solche Verschmelzungsversuche von vornherein von der Verpflichtung abhängig, dabei den Rechtsstaat in voller Strenge zu nehmen. Nur auf dem Boden seiner Begriffe, Formen und Institute könne geprüft werden, ob und wieweit der Rechtsstaat mit sozialstaatlichen Anforderungen und Gehalten zu vereinbaren sei. Forsthoff vertrat die Auffassung, daß diese "Option für den Rechtsstaat" mit dem Grundgesetz gegeben sei: "Die Entscheidung für den Rechtsstaat im Grundgesetz ist primär und evident, in Art. 20 GG bezeugt und in Art. 79 GG mit höchster Wirkung bekräftigt" (75).

Aber in gleicher Weise gehöre das Adjektiv "sozial" zum unveränderlichen Kernbestand der Verfassung; mit dem Sinngehalt des sozialen Rechtsstaates stehe daher "die Bedeutung zentraler Normen des Grundgesetzes infrage" (76).

Forsthoff schloß nun die Darstellung seiner Rechtsstaatstheorie an. Auch dabei ging er von einer historischen Betrachtung aus. Er stellte die Frage, ob der Rechtsstaat, unter den politischen und sozialen Verhältnissen des 19. Jahrhunderts entstanden, an jene Verhältnisse so stark gebunden sei, daß schon deshalb seine Verschmelzung mit dem Sozialstaat in der Einheit einer Verfassung scheitern müsse. Die bisherigen Bemühungen, den Wandel der sozialen und politischen Verhältnisse in die rechtsstaatliche Verfassung einzubauen, hätten jedenfalls in Wirklichkeit zu deren innerer Auflösung geführt.

Auch der Einwand treffe nicht zu, solche Bemühungen seien notwendig, weil sonst die Kluft zwischen der Verfassung und der sozialen und politischen Wirklichkeit den Bestand der Verfassung selbst - also auch der rechtsstaatlichen Verfassung - gefährden würde. Dabei werde das Verhältnis der rechtsstaatlichen Verfassung zur Wirklichkeit verkannt. Forsthoff charakterisiert dieses Verhältnis mit folgendem Gedankengang (77):

Die rechtsstaatliche Verfassung ist "durch einen hohen Grad der Formalisierung gekennzeichnet". Ihre wesentlichen Strukturelemente (Gewaltenteilung, Gesetzesbegriff, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Grundrechtsgewährleistungen, Unabhängigkeit der Gerichte) bringen spezifische Wirkungen hervor, die unter wechselnden sozialen Verhältnissen im großen und ganzen gleich bleiben.

Auf diesem Umstand beruhen die Möglichkeit, die Bestandteile der rechtsstaatlichen Verfassung von den sozialen Bedingungen ihrer Entstehungszeit zu lösen, und die Existenzchance des "von Hause aus" bürgerlichen Rechtsstaates unter den sozialen Verhältnissen unserer Zeit.

Die Verselbständigung der rechtsstaatlichen Verfassungselemente gegenüber dem Wechsel der sozialen Verhältnisse war also nur möglich durch die Technisierung dieser Institutionen. In diesem "streng technischen Sinne" allein kann der Rechtsstaat ernst genommen werden; der Versuch hingegen, "das rechtsstaatliche Gefüge flexibel zu machen und den Bedürfnissen der Zeit anzupassen", ist notwendig zum Scheitern verurteilt(78).

An allen Institutionen des Rechtsstaates läßt sich nachweisen, daß sie "in der modernen Massendemokratie, deren Gleichheitsdenken der Anerkennung eigenständiger politischer Kräfte entgegensteht, ... notwendig einen technischen Charakter" annehmen(79).

Ein solchermaßen technisch gewordenes Verfassungssystem ist nicht nur abweisend "gegenüber allen Versuchen, ihm materiale Gehalte zu geben"; es muß auch besonders streng genommen werden:

> "In der Isolierung vom Wechsel der Ambiance werden die Elemente der rechtsstaatlichen Verfassung zum Eigenwert"(80).

Aus diesen Darlegungen über das Wesen des Rechtsstaates leitete Forsthoff die Folgerung ab, daß die rechtsstaatliche Verfassung in einem bestimmten Verhältnis zur Wirklichkeit stehe. Grundsätzlich werde dieses Verhältnis durch den Begriff des Gesetzes als abstrakter, genereller Norm bestimmt. Infolge dieses Gesetzesbegriffes sei die rechtsstaatliche Verfassung eine gewährleistende Verfassung. Da aber nur Bestehendes gewährleistet werden könne, sei sie "in hohem Maße an den gesellschaftlichen status quo gebunden"(81).

So sah Forsthoff in den Gewährleistungen des Rechtsstaates in erster Linie "Ausgrenzungen". Alle klassischen Grundrechte - die Freiheit der Person, die Gleichheit, die Glaubensfreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Vereins- und Versammlungsfreiheit, die Garantie von Eigentum und Erbrecht - richteten Bereiche auf, vor denen der Staat halt macht. Sie bezögen sich auf einen Staat, der sich Grenzen setzt, "der den Einzelnen seiner gesellschaftlichen Situation, wie sie ist, überläßt, einen Staat also, der in dieser Relation der Freiheit den status quo gelten läßt"(82).

Während das Wesen des Rechtsstaates in der Errichtung solcher Ausgrenzungsbereiche der Freiheit gegenüber der Staatsgewalt bestehe, erstrebe der Sozialstaat die Teilhabe des Einzelnen als Anspruch und Recht. Er beziehe sich also gerade nicht auf einen Staat, der den status quo hinnimmt, sondern auf einen "leistenden, zuteilenden, verteilenden, teilenden Staat, der den Einzelnen nicht seiner gesellschaftlichen Situation überläßt, sondern ihm durch Gewährung zu Hilfe kommt"(83).

Freiheit und Teilhabe, die beiden 'Kardinalbegriffe', die heute das Verhältnis des Einzelnen zum Staat bestimmten, werden damit dem Rechtsstaat und dem Sozialstaat als jeweils entscheidendes Merkmal zugeordnet und zugleich in spezifischer Weise definiert:

Die Freiheit des Rechtsstaates erscheint als Ausgrenzung eines Schutzbereiches gegenüber der Staatsgewalt; die Teilhabe, die der Sozialstaat anstrebt, wird als Anteil an den Leistungen eines Staates gekenn-

zeichnet, der den gesellschaftlichen status quo des Einzelnen verändern will. Aus dieser Auffassung ergibt sich Forsthoffs Schluß:

> "Der Rechtsstaat und der Sozialstaat sind deshalb ihrer Intention nach durchaus verschieden, um nicht zu sagen Gegensätze"(84).

Die Stärke dieses Gegensatzes werde durch den Inhalt bestimmt, den man dem Wort "sozial" gibt. In jedem Falle verweise es auf den "Vorgang des Teilens, Verteilens und Zuteilens"(85). Innerhalb dieser allgemeinen Bedeutung könne es allerdings in zweifachem Sinne gebraucht werden:

Unpolemisch beziehe es sich auf bestehende soziale, also auf eine bessere Güterzuteilung gerichtete Bestandteile der Rechtsordnung. Fasse man das Wort 'sozial' in diesem unpolemischen Sinne auf, so könne man der "intentionalen Gegenläufigkeit von 'sozial' und 'Rechtsstaat' entgehen"(86).

Im politischen Sprachgebrauch habe der Begriff seit seinem Aufkommen in der Mitte des 19. Jahrhunderts jedoch eine polemische, gegen den gesellschaftlichen und politischen status quo und insbesondere gegen die bestehende Güterverteilung gerichtete Tendenz. Verstehe man 'sozial' in der Formel vom sozialen Rechtsstaat in diesem polemischen Sinne, so ergebe sich zwischen beiden Bestandteilen eine Antinomie. Sie lasse sich nur durch eine Entscheidung für eines der beiden Elemente überwinden:

> "Die Entscheidung für das soziale Element würde konsequent dazu führen, daß das Grundgesetz seine Gewährleistungsfunktionen nur im Rahmen dessen ausübt, was von der jeweiligen Mehrheit und ihrer Regierung als sozial verstanden wird. Denn es wäre dann widersinnig, daß der Staat durch seine Verfassung schützt, was seiner in der Verfassung bekräftigten sozialen Wesensbestimmung widerspricht. ... In diesem Falle wäre die Formel sozialer Rechtsstaat ein Mittel zu unübersehbaren Diskriminierungen und Verwirkungen. Das wäre aber die Vernichtung des Rechtsstaates"(87).

Forsthoff hielt eine solche Befürchtung nicht für utopisch. Er verwies darauf, daß für das von der Bodenreform erfaßte Grundeigentum bereits die Konsequenz gezogen worden sei, es handle sich dabei um sozial unerwünschtes oder unsoziales Eigentum, welches den Schutz der Verfassung infolge des Sozialstaatsbekenntnisses nicht genieße. Der Vertreter dieser Auffassung - Ernst Knoll - sei zu dem Schluß gelangt, die Bodenreform könne deshalb 'nicht als eigentumswidrige Enteignung angesehen werden'(88).

Mit allen diesen Darlegungen hielt Forsthoff den Beweis für erbracht, daß die Formel 'sozialer Rechtsstaat' keinen besonderen Rechtsstaatsbegriff mit eigenen Institutionen und spezifischem materiellen Gehalt bezeichne. Allein aus dieser Formel könnten keine Institutionen abgeleitet werden. Er wandte sich damit gegen Ipsens These, die Sozialisierung könne nicht durch Verfassungsänderung beseitigt werden, da in ihr die für unabänderlich erklärte Verfassungsbestimmung des sozia-

len Rechtsstaates konkretisiert werde. Diese Folgerung sei nicht zwingend, "da sie Art. 20 Abs. 1 GG einen Begriff des sozialen Rechtsstaates unterlegt, für den es keine Begründung gibt"(89).

Auch die anschließenden Ausführungen Forsthoffs sind gegen Ipsens - und Ridders - Referat über "Enteignung und Sozialisierung" gerichtet. Sie sollen den Versuch Ipsens widerlegen, die Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes vom Sozialstaatsbekenntnis her zu interpretieren. Forsthoff räumt zunächst ein, das Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaat verwehre "eine extrem individualistische Auslegung der Grundrechte". Aber es bedürfe des Rückgriffs auf die Sozialstaatsformel nicht, wenn ein Grundrecht wie die Eigentumsgarantie schon einen sozialen Vorbehalt enthalte. Gegenüber dieser allgemeinen Bestimmung hätten zudem die Art. 14 und 15 des Grundgesetzes den Charakter einer lex specialis: "Das heißt, Art. 20 Abs. 1 GG gilt vorbehaltlich der in Art. 14, 15 GG für die Eigentumsverteilung getroffenen Bestimmungen. Aus diesem Grunde läßt sich Art. 20 Abs. 1 GG für die Auslegung der Art. 14, 15 GG nicht verwerten"(90).

Sei aber die Formel sozialer Rechtsstaat auch kein "prägnanter verfassungsrechtlicher Begriff", so habe sie doch ihre Berechtigung. Zunächst kennzeichne sie zusammenfassend "die wesentlichen Elemente ..... des mit der Deutschen Bundesrepublik gegebenen Staates"(91).

Zugleich bringe sie zum Ausdruck, daß auch unter der rechtsstaatlichen Verfassung die Entfaltung des Sozialstaates möglich sei: Mit dem primären Bekenntnis zum Rechtsstaat werde allerdings der Entwicklung des Sozialstaates eine bestimmte Richtung gewiesen, die allein dem Rechtsstaat gemäß sei. Die rechtlichen Handhaben, die eine solche Entwicklung ermöglichten, ergäben sich aus der Steuerhoheit des Staates:

> "Der moderne Rechtsstaat ist Sozialstaat wesentlich in seiner Funktion als Steuerstaat"(92).

Als Steuerstaat könne der Rechtsstaat seine sozialen Aufgaben auf Grund einer spezifischen Voraussetzung erfüllen, die von jeher in der rechtsstaatlichen Verfassung enthalten sei: "der scharfen Abgrenzung der Steuerhoheit von dem in den Grundrechten gewährleisteten Schutz des Eigentums"(93).

Diese Unterscheidung hielt Forsthoff für außerordentlich bedeutsam. So werde es nämlich möglich, steuerliche Eingriffe in das Eigentum und Vermögen in einem Ausmaß vorzunehmen, das - direkt gegen das Eigentum gerichtet - als entschädigungspflichtige Enteignung anzusehen wäre.

Der Gedankengang Forsthoffs ist damit abgeschlossen; sein Ergebnis lautet:

Auch unter der rechtsstaatlichen Verfassung ist der Sozialstaat möglich. Der Rechtsstaat ist nicht daran gehindert, das Sozialleben zu gestalten. Eine andere Lösung wäre schon deshalb nicht vorstellbar, weil eine jede Verfassung diese vordringlichen staatlichen Aufgaben ermöglichen

muß. Aber die rechtsstaatliche Verfassung verweist den Gestaltungswillen des Sozialstaates gegenüber dem Eigentum ausschließlich auf den indirekten Weg der Besteuerung. Sie setzt eine unverrückbare Grenze vor der "sozialen Verschichtung durch unmittelbare Entziehung oder Entwertung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen"(94).

Ist aber einerseits dem rechtsstaatlich gebundenen Sozialstaat dieser letztere Weg zwangsläufig verschlossen und dient die Steuerpolitik des Staates andererseits schon seit langem sozialstaatlichen Zielen, so ergibt sich daraus Forsthoffs Feststellung:

> "Die Verbindung des Rechtsstaats mit dem Sozialstaat ist eine Tatsache und braucht nicht erst hergestellt zu werden"(95).

b) Kritische Analyse

Forsthoffs Referat war von Unklarheiten nicht frei. Bedeutende Widersprüche ergaben sich vor allem zwischen den einzelnen Ausführungen zum Rechtsstaatsbegriff.

1. Einerseits stellt Forsthoff die These auf, die rechtsstaatliche Verfassung sei ein technisch gewordenes, in hohem Maße formalisiertes Verfassungssystem, das erfahrungsgemäß allen Versuchen gegenüber, ihm materielle Gehalte zu geben, abweisend sei. Nur in der Isolierung vom Wechsel der sozialen Verhältnisse beruhe die Existenzchance des Rechtsstaates in der heutigen Massendemokratie.

Andererseits räumt er jedoch ein, daß der Rechtsstaat "durch das sozialstaatliche Bekenntnis in gewisser Weise inhaltlich determiniert werde"(96); dies vor allem deshalb, weil die sozialgestaltenden Funktionen des Staates "nicht mehr mit einem bloß rechtsformalen Maßstabe gemessen", sondern "in einem gegenständlichen Sinne gerecht geregelt und ausgeübt werden" müßten(97).

2. Ohne einen materiellen Gehalt des Rechtsstaates anzuerkennen, zählt Forsthoff zu dessen wesentlichen Strukturelementen auch die Grundrechte. Ihre Wirkung bleibe über den Wandel der sozialen Verhältnisse hinweg "im großen und ganzen ...gleich". Eben dadurch werde es ja möglich, sie vom Wechsel der Ambiance zu isolieren. An anderer Stelle schildert Forsthoff dagegen "die großen Wandlungen in der Auslegung" des Gleichheitssatzes und der Eigentumsgarantie im Laufe der letzten Jahrzehnte, die "nur von dem Hintergrunde der Veränderungen aus" zu verstehen seien, "welche die soziale Wirklichkeit dieser Zeit aufweist"(98).

3. Zu Beginn seines Referates erklärt Forsthoff, sein Thema sei "nur von einem Standort aus" zu verstehen, "der sich außerhalb der geschriebenen Verfassung befindet". Das beunruhigt ihn nicht; denn "wir teilen die positivistische Verengung des juristischen Blickfeldes auf den Wortlaut der Gesetze nicht mehr". Die Verfassungsauslegung könne "nicht von den Gegebenheiten der Verfassungswirklichkeit absehen"(99). Später kommen ihm jedoch im Hinblick auf die Deutung des Begriffes "sozial" in der Verfassung gegen eine "Sinngebung von außen" andere Bedenken(100). Im Schlußwort begründet er dann diese Bedenken mit den "immer bescheideneren Vorstellungen", die er "von dem Beruf des

Juristen" habe:

> Würde man dem Wort 'sozial' in Art. 28 GG unmittelbare normative Wirkung geben, so würde das dazu führen müssen, daß die Auslegung in das Gebiet der sozialen, ökonomischen und politischen Theorien übergreifen müßte. Ich sehe darin eine Verfehlung des Berufs des Juristen und eine Gefährdung der Autorität des Rechts. ... Bescheiden wir uns deshalb dahin, nicht mehr aus der Verfassungsnorm herauszulesen, als sie evidentermaßen enthält" (101).

Eben diese Frage, was das Sozialstaatsbekenntnis und darüber hinaus die Verfassungsnorm des demokratischen und sozialen Rechtsstaates "evidentermaßen" enthalte, war von Ipsen, Knoll und Ridder einerseits und von Forsthoff andererseits unterschiedlich beantwortet worden.

Forsthoff hat zunächst die von Ipsen gebrauchte Bezeichnung der Sozialstaatsformel als 'Staatszielbestimmung' gebilligt (102). Ebenso führte er aus, daß das Sozialstaatsbekenntnis die "Forderung" bekräftige, die sozialgestaltenden Aufgaben von Gesetzgebung und Verwaltung müßten gerecht "geregelt und ausgeübt" werden.

Nicht klar ersichtlich ist hingegen, ob Forsthoff auch Ipsens entscheidender These zuzustimmen bereit war, das Bekenntnis zum Sozialstaat bedeute einen umfassenden Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber, die Sozialordnung zu gestalten. Zwar deutet die Wendung: "Der Entfaltungsraum des Sozialstaats ist Gesetzgebung und Verwaltung" (103) auf ein solches Einverständnis hin.

Aber dieser Wortlaut ist offenbar erst nach der Staatsrechtslehrertagung für die - 1954 erschienene - gedruckte Fassung formuliert worden. In seinem Tagungsbericht hatte das Deutsche Verwaltungsblatt folgenden Wortlaut des Forsthoffschen Leitsatzes abgedruckt:

> "Der Entfaltungsraum des Sozialstaats ist die Verwaltung" (104).

Ulrich Scheuner, der Forsthoffs Versuch, im sozialen Rechtsstaat "nur eine Anweisung an die Verwaltung sehen zu wollen", als unrichtig bezeichnet (105), bezieht sich offensichtlich auf die erste Fassung der Forsthoffschen Leitsätze; möglicherweise hat er damit eine Klarstellung von anfänglich schon Gemeintem veranlaßt.

An anderer Stelle seines Referates bezeichnete Forsthoff dann die Verfassungsnorm des 'sozialen Rechtsstaates' als "eine die wesentlichen Elemente zusammenfassende Kennzeichnung des mit der Deutschen Bundesrepublik gegebenen Staates" (106).

Daran ist bemerkenswert, daß Forsthoff an dieser Stelle nur Rechtsstaat und Sozialstaat, nicht aber die Demokratie zu den "wesentlichen Elementen" der 'Deutschen Bundesrepublik' rechnet (107).

Auch mit der These, die Formel vom sozialen Rechtsstaat solle darauf hinweisen, daß die rechtsstaatliche Verfassung die Entfaltung des Sozialstaates durch die Handhaben ermögliche, die "in der Steuerhoheit des Staates beschlossen sind", unterscheidet sich Forsthoff vom Sozialstaatsbegriff Ipsens. Er setzt dem sozialstaatlichen Gestaltungswillen

eine Grenze vor der "sozialen Verschichtung durch unmittelbare Entziehung oder Entwertung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen" (108).

Die Auffassung Forsthoffs, daß die Garantie der bestehenden Eigentums- und Güterverteilung zum Wesen des Rechtsstaates gehöre, erforderte dieselbe Entscheidung, der sich Werner Weber (109) infolge seiner gleichartigen Argumentation gegenübersah:

Wollte Forsthoff die soziale Gerechtigkeit in seine Rechtsstaatstheorie einbeziehen, dann mußte er die bestehenden Verhältnisse für in sich gerecht erklären. War er dagegen zu diesem Schluß nicht bereit, so ergab sich aus seinem Gedankengang, daß der Rechtsstaat auch das Unrecht zu schützen habe und zugunsten der Garantie des status quo im Bereich der Eigentumsordnung der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit durch den demokratischen Gesetzgeber entgegenstehe.

Im Gegensatz zu Werner Weber ist Forsthoff diesem Problem nicht ausgewichen. Er erkannte eine "antinomische Relation" zwischen den beiden Bestandteilen des sozialen Rechtsstaates, die entstehe, sobald man das Adjektiv 'sozial' "in dem polemischen, gegen die bestehende Güterverteilung gewandten Sinne" deutete. Ebenso klar war ihm, daß man "diese Antinomie ... nur durch eine Entscheidung" für den Rechtsstaat oder für den Sozialstaat überwinden könne (110).

Forsthoff glaubte, daß seine eigene "Option für den Rechtsstaat" schon in der Verfassung zum Ausdruck komme: "Die Entscheidung für den Rechtsstaat im Grundgesetz ist primär und evident". Danach gelte es, "den Rechtsstaat in seiner vollen Strenge zu nehmen und auf dem Boden seiner Begriffe, Formen und Institute zu prüfen, ob und wieweit er den sozialstaatlichen Anforderungen und Gehalten kongruent ist und ihnen demgemäß eröffnet werden kann" (111).

Da Forsthoff die Gewährleistung des status quo als rechtsstaatliche Aufgabe betrachtet, bildet die gegebene Eigentumsverteilung die Grenze, die allen sozialstaatlichen Gestaltungsmaßnahmen Einhalt gebietet. Daß die rechtsstaatliche Verfassung dennoch den Sozialstaat ermögliche, begründet er mit dem bereits erwähnten Hinweis auf die scharfe Abgrenzung der Steuerhoheit von dem in den Grundrechten gewährleisteten Schutz des Eigentums. In seiner Funktion als Steuerstaat könne der moderne Rechtsstaat Sozialstaat sein. Wie weit sozialstaatliche Gestaltung mit den Mitteln der Steuerpolitik ohne Verletzung der rechtsstaatlichen Prinzipien gehen könne, hat Forsthoff an verschiedenen Stellen unterschiedlich dargestellt.

In seinem Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung erklärte er, das Beispiel Englands beweise, daß der indirekte Weg über die Steuerhoheit "seit langem mit Erfolg beschritten ist und in der Wirkung auf die Dauer hinter den direkten Formen der sozialen Verschichtung nicht zurückbleibt" (112). Über die Steuerhoheit könnten "Eingriffe in Eigentum und Vermögen" vorgenommen werden, "die, wenn sie in gleicher Intensität gegen das Eigentum (im weiteren Sinne) gerichtet würden, als Enteignung qualifiziert und Entschädigungsansprüche auslösen würden". Denn die Befugnis des Rechtsstaates, Steuerquellen

auszuschöpfen, sei "unbeschränkt"; sie setze ihn in den Stand, "einen beträchtlichen Teil seiner sozialen Aufgaben in der Weise zu erfüllen, daß er durch Abschöpfung und Vergebung von Barmitteln das System der Güterverteilung korrigiert" (113).

Aus diesen Ausführungen konnte geschlossen werden, daß Forsthoff auch eine Erbschaftssteuer nach dem englischen Beispiel im Rahmen der rechtsstaatlichen Verfassung der Bundesrepublik für zulässig hielt. Mit der Frage, ob dann der Rechtsstaat - angesichts der intensiven Dauerwirkung einer solchen Steuerpolitik - mit seiner Abgrenzung der Steuerhoheit vom grundrechtlichen Eigentumsschutz auch in der vom Grundgesetz geschaffenen Form die bestehende Güterverteilung effektiv garantiere, hat sich Forsthoff erst später beschäftigt.

In einem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer (114) zieht Forsthoff die rechtsstaatlich gebotenen Grenzen der Steuerhoheit erheblich enger als in seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung von 1953: Nach der mit dem Grundgesetz gegebenen Verfassungsrechtslage stehe der weitgehenden Bindung des Staates gegenüber der Güterverteilungsordnung "das Recht der staatlichen Finanz- und Steuerhoheit gegenüber, im Wege der Besteuerung einen rechtlich nicht beschränkten Anteil des Sozialprodukts in die staatlichen Kassen zu überführen" (114 a). Das bedeute "die Abschöpfung eines erheblichen Teiles des Sozialproduktes zur Erbringung der sozialen Leistungen, denen sich der moderne Staat nicht entziehen kann, unter Aufrechterhaltung des Systems der Güterverteilung, wie es auf uns überkommen ist." (114 b)

An anderer Stelle fährt Forsthoff dann fort:

> "Wenn die Steuer ein Mittel zur Verlagerung des Sozialproduktes ist, dann stecken darin auch gewisse indirekte Möglichkeiten der Beeinflussung der Güterverteilungsordnung - ich weiß das sehr wohl. Man kann mit Hilfe echter Steuern die Güterverteilungsordnung ändern; wir sehen etwa in der englischen Erbschaftssteuer ein Mittel zur systematischen Veränderung des Güterverteilungssystems zu Lasten des englischen Adels. Eine konfiskatorische Erbschaftssteuer nach englischem Muster würde in der Bundesrepublik nicht zulässig sein, weil sie eine Aushöhlung des durch das Grundgesetz geschützten Erbrechts bedeuten würde. Aber die Gefahr, daß die Steuer zur Veränderung des Systems der Güterverteilung mißbraucht wird, ist schwerlich allein mit rechtlichen Vorkehrungen zu bannen." (114 c)

Während Forsthoff also auf der Staatsrechtslehrertagung 1953 auch die Korrektur des Systems der Güterverteilung mit den Mitteln der Steuerpolitik als "dem Rechtsstaat gemäß" (114 d) betrachtet, hält er nun die Anwendung der Steuer zur Veränderung des Güterverteilungssystems für einen Mißbrauch; ein solches Vorgehen sei nach der rechtsstaatlichen Verfassung des Grundgesetzes unzulässig. Er läßt auch erkennen, an welche möglichen Abgaben, die "ihre besonderen Gefahren haben", er dabei denkt:

"Wenn es etwa im Zusammenhang mit dem geplanten Bundesbaugesetz dahin kommen sollte, daß vom Grundeigentum Wertsteigerungsabgaben erhoben werden, mit denen die Wertsteigerung abgeschöpft werden soll, die bei der Umwandlung von agrarisch genutztem Boden zum Bauland anfällt, dann ist das nicht mehr ein Griff auf das Sozialprodukt, sondern ein Griff auf die Eigentums- und Güterverteilungsordnung. Dann wird die für den Sozialstaat als Rechtsstaat entscheidende Schranke zwischen der Finanzhoheit und dem Schutz der Gütervertei - lungsordnung in der Eigentumsgarantie aufgehoben." (114 e)

In seinem Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung hat Forsthoff auch dargelegt, welches Motiv ihn - abgesehen von der Auslegung des Grundgesetzes - zu seinem Rechtsstaatsbegriff führte. Entscheide man sich nämlich für den Sozialstaat im polemischen, gegen die bestehende Güterverteilung gerichteten Sinne, dann beschränke sich die rechtsstaatliche Garantie auf das, "was von der jeweiligen Mehrheit und ihrer Regierung als sozial verstanden wird". Überlasse man es aber dem demokratischen Gesetzgeber, die sozial gerechte Güterverteilung zu bestimmen, dann werde der soziale Rechtsstaat "ein Mittel zu unübersehbaren Diskriminierungen" und müsse zur "Vernichtung des Rechtsstaates" führen (115).

Erneut wird an dieser Stelle die Trennungslinie sichtbar, an der sich der entscheidende Gegensatz innerhalb der Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat erweist:

Auf der einen Seite steht die Ansicht Ipsens, das Sozialstaatsbekenntnis gebiete im Rahmen einer rechtsstaatlichen Verfassung die Umgestaltung der Eigentumsherrschaft bis hin zu ihrer Neuverteilung. Knoll verschärft diese Auffassung zu der These, daß der Wesensgehalt der Eigentumsgarantie erst durch den demokratischen Gesetzgeber bestimmt werde. Ridder schließlich fordert die Beseitigung aller Hindernisse, die einer 'letzten Suprematie' des Parlaments entgegenständen und damit 'allfällige heilchirurgische Eingriffe' des demokratischen Gesetzgebers in die Sozialordnung verhinderten.

Auf der anderen Seite erklären Weber und Forsthoff den status quo innerhalb der Eigentumsverfassung zur Grenze für jede Gestaltung der Sozialordnung - ohne Rücksicht darauf, ob die gegebene Eigentums- und Herrschaftsverteilung den Anforderungen sozialer Gerechtigkeit widerspricht.

Neben diesem Unterschied im Ergebnis läßt sich aber auch erkennen, auf welcher Ebene die Motive liegen, die zu diesen gegensätzlichen Resultaten führten.

Ipsens Forderungen beruhen einmal auf der sozial-ökonomischen Erkenntnis, daß sozialgestaltende Gesetzgebung den Eingriff in private Rechte voraussetze, und zum anderen auf der politischen Grundeinstellung, daß diese Gesetze als demokratische Mehrheitsentscheidungen zu respektieren seien.

In Forsthoffs Darlegungen kommen zwar solche politischen und soziologischen Erwägungen noch nicht klar zum Ausdruck; aber sie deuten sich - wenn auch zunächst nur im Negativen - doch schon an: Forsthoff sieht in den sozialgestaltenden Entscheidungen der demokratischen Mehrheit in erster Linie die Gefahr unübersehbarer Diskriminierungen und damit die Vernichtung des Rechtsstaates.

Einer klaren Stellungnahme dazu wich Forsthoff allerdings zunächst aus, indem er sich streng an den Wortlaut seines Vortragsthemas hielt: Er behandelte zwar die Beziehungen zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat, hielt jedoch den dritten Bestandteil der Staatszielbestimmung, das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Demokratie, in diesem Zusammenhang nicht für relevant.

Aber die Frage nach der Verknüpfung aller drei Bestandteile des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, zuerst von Friesenhahn (116) gestellt, ließ sich seit Ipsens Referat und den Folgerungen, die aus ihm gezogen worden waren, nicht mehr umgehen. Wer die Staatszielbestimmung des Grundgesetzes umfassend interpretieren wollte, mußte zu der Bedeutung der Demokratie im demokratischen und sozialen Rechtsstaat Stellung nehmen.

2. Die Kritik auf der Tagung

a) Das Korreferat Otto Bachofs

Schon im weiteren Verlauf der 12. Staatsrechtslehrertagung erhob sich daher gegen Forsthoffs isolierende Darstellung lebhafter Widerspruch.

Zunächst wandte sich der Korreferent Otto Bachof zu Beginn seines Vortrages (117) gegen Forsthoffs rein formalen Rechtsstaatsbegriff und gegen seine Auffassung, Rechtsstaat und Sozialstaat stünden schlechthin in antinomischer Beziehung. Bachof hielt dem entgegen, daß im Rechtsstaat nicht nur formale, sondern auch materiale Elemente enthalten seien: "Rechtsstaat ist der auf Verwirklichung und Sicherung der G e r e c h t i g k e i t zielende Staat, und seine formalen Elemente dienen nur zur Gewährleistung dieses materialen Gehalts" (118). Im Sozialstaatsbekenntnis sah Bachof - ebenso wie Ipsen - vor allem einen Auftrag zur Gestaltung der sozialen Ordnung, der in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtet sei (119).

Inhaltlich ziele dieser Auftrag auf Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und auf Abhilfe der "sozialen Bedürftigkeit" des einzelnen, d.h. "jeder existentiellen Abhängigkeit von der staatlichen Daseinsvorsorge auf allen ihren weitverzweigten Gebieten". Daß insbesondere auch die soziale Gerechtigkeit mit angesprochen sei, schien Bachof "zweifelsfrei, wenn man einmal die programmatischen Erklärungen aller an der Entstehung des GG beteiligten politischen Parteien betrachtet, die die soziale Gerechtigkeit in seltener Einmütigkeit ausdrücklich oder in Umschreibungen auf ihre Fahnen geschrieben haben" (120).

Da auch der materiell verstandene Rechtsstaat die soziale Gerechtigkeit einbegreife, deckten sich sozialstaatliche und rechtsstaatliche Forderungen zum Teil. Aber der sozialen Gestaltung seien Grenzen gesetzt,

insbesondere durch den Absolutheitswert der Persönlichkeit und die "weitgehende Verbürgung der bestehenden Arbeits- und Eigentumsordnung", die aber "ihrerseits wiederum wegen der Sozialstaatserklärung nicht im Sinne voller individueller Freiheit ausgelegt werden" dürften (121).

Der soziale Rechtsstaat stelle daher ein System des Ausgleichs und des Gleichgewichts dar:

> "Er bedeutet sowohl eine Absage an die Allmacht des Staates, auch auf sozialgestaltendem Gebiet, wie an die Bindungslosigkeit des Individuums und an die Autonomie der Gesellschaftsordnung" (122).

Wohl vertrat Bachof die Ansicht, eine "umfassende staatliche Verplanung" der Wirtschafts- und Sozialordnung sei mit diesem Balancesystem unvereinbar. Aber im übrigen ließ er offen, wo die Grenze sozialer Gestaltung gegenüber rechtsstaatlichen Verbürgungen zu ziehen sei.

Entscheidend erschien ihm für den sozialen Rechtsstaat das Verhältnis von F r e i h e i t und Z w a n g. In dem Maße, in dem sich der Sozialstaat des Befehls und des Zwanges bedienen müsse, entferne er sich vom Rechtsstaat. Halte der Staat hingegen unter Verzicht auf soziale Gestaltung an den rechtsstaatlichen Verbürgungen fest, dann gebe er den Sozialstaat preis. In einem solchen Konfliktsfall hätten zwar de iure die rechtsstaatlichen Garantien des Grundgesetzes das Übergewicht. De facto werde aber vermutlich das Bedürfnis nach sozialer Gestaltung "den Rechtsstaat einfach hinwegfegen" (123).

Es komme daher alles darauf an, solche Konfliktsituationen zu verhindern. Bei der Suche nach Lösungsmöglichkeiten deutete Bachof schließlich die Rolle an, die der Demokratie im sozialen Rechtsstaat zufalle. Er ging davon aus, daß sich Konflikte zwischen Freiheit und Zwang erst dann ergäben, wenn die freiwillige Übernahme sozialer Verantwortung ausbleibe. Solle das Balancesystem des sozialen Rechtsstaates funktionieren, dann müsse "die Verpflichtung zu sozialer Verantwortung von den zu ihrer Tragung Berufenen - d.h. von einer in genügend breite Schichten des Volkes hineinreichenden Elite und in besonderem Maße von den Inhabern wirtschaftlicher Machtpositionen - erkannt und ..... diese Verantwortung von ihnen freiwillig übernommen und getragen" werden (124).

Zwar müsse zur Lösung dieser Aufgabe in erster Linie die Sozialpädagogik beitragen. Aber auch die Rechtsordnung könne geeignete Einrichtungen ausbilden und zur Verfügung stellen, um die Rechtsgenossen an ihre politisch-soziale Verantwortung heranzuführen. In dieser Aufgabe, schloß Bachof, "berühren sich das soziale und das demokratische Prinzip." (125)

Mit diesen Ausführungen grenzte sich Bachof von jeder der beiden gegensätzlichen Auffassungen ab, die bisher dargestellt wurden. Zunächst folgte er Ipsen weitgehend darin, daß dem Sozialstaatsbekenntnis der Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber entnommen werden müsse, die soziale Ordnung, insbesondere die Arbeits- und Güterordnung, zu gestalten. Aber Bachof brachte weder - wie Ipsen- zum Ausdruck, daß

diese Gestaltung bis zur Neuverteilung der Eigentumsherrschaft reichen könne, noch wollte er - wie Knoll - den Wesensgehalt der Eigentumsgarantie zur Disposition der demokratischen Mehrheit stellen. Mit dem Hinweis auf die Grenzen, die sozialer Gestaltung durch die weitgehende Garantie der Arbeits- und Eigentumsordnung im Grundgesetz gezogen seien, näherte er sich vielmehr den Auffassungen Forsthoffs und Webers.

Andererseits wies die Einbeziehung des demokratischen Elements wieder über Forsthoffs Referat hinaus. Bachof nahm den gleichen Gedanken auf, den Ipsen und Knoll angedeutet hatten: daß nämlich das demokratische Teilhabedenken über den politischen Bereich hinaus in der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zur Geltung gebracht werden müsse. Unterschiedlich war jedoch die Begründung:

Bachof sah in der Forderung nach Teilhabe nicht nur ein Gebot, das sich aus dem gleichzeitigen Bekenntnis der Verfassung zu Demokratie und Sozialstaat ergibt. Vielmehr erschien ihm die Ausdehnung verantwortlicher Teilhabe im Wirtschaftsleben notwendig, weil sie erst ermögliche, daß der Sozialstaat auf ein Übermaß an Zwang verzichten und damit zugleich Rechtsstaat bleiben könne. Denn der materielle Rechtsstaat könne nicht als dekretierte Herrschaft bestehen, die sich nur auf formale Legalität gründe. Er verdiene diesen Namen nur, solange er sich in entscheidenden Fragen aus der freiwilligen Gefolgschaft zu legitimieren vermöge, die auf der geglaubten Berechtigung seiner Maßnahmen beruhe(126). Eben dies sei aber nur zu erreichen, wenn - mit sozialpädagogischen und institutionellen Mitteln - die verantwortliche Anteilnahme und Mitbestimmung des einzelnen im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben durchgesetzt sei.

Mit diesem Versuch, die Bedeutung der Demokratie für den sozialen Rechtsstaat der Gegenwart darzustellen, wurde zum ersten Male in der Nachkriegsdiskussion an Gedanken angeknüpft, die Hermann Heller zum gleichen Thema geäußert hatte(127).

Nach dem Korreferat Bachofs hat Wolfgang Abendroth in der Aussprache auf der 12. Staatsrechtslehrertagung diese Beziehung vertieft. Abendroths kritisch gegen Forsthoffs Auffassung gerichteter Diskussionsbeitrag brachte den Gegensatz innerhalb der Auseinandersetzung über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat in aller Deutlichkeit zum Ausdruck(128). Stärker als das Referat Bachofs war er durch das Bemühen geprägt, die Konzeption Hermann Hellers und ihre Wiederaufnahme in den ersten Nachkriegsjahren einzubegreifen und diese Arbeiten fortzuführen. Damit wurde erstmals in der gegenwärtigen Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat die Tatsache beachtet, daß ihre Problematik schon einmal - am Ende der Weimarer Republik - in der politischen Auseinandersetzung eine Rolle gespielt hatte. Zugleich wurde damit berücksichtigt, daß diese Problematik auch nach 1945 vor dem Entstehen des Grundgesetzes wieder aufgegriffen worden war.

Die Position Abendroths bildet innerhalb der gesamten Diskussion den entschiedensten Gegensatz zu den Auffassungen Forsthoffs. Die Gegenüberstellung der Beiträge beider Autoren läßt aber zugleich am deut-

lichsten erkennen, daß dieser Gegensatz auf einer unterschiedlichen politischen Einstellung zur parlamentarischen Demokratie und ihrer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat beruht.

Abendroth selbst hat zwar in seinen Ausführungen auf der 12. Staatsrechtslehrertagung die Anknüpfung an Hermann Heller nur angedeutet (129). Aber seine Beiträge sind - insbesondere in ihrer Bedeutung als Gegenposition zu den Auffassungen Forsthoffs - nur voll verständlich, wenn man sich die Konzeption Hellers und die Ergebnisse vergegenwärtigt, zu denen ihre Wiederaufnahme nach 1945 geführt hat.

b) Die Wiederaufnahme der Gedanken Hermann Hellers durch Wolfgang Abendroth

aa) Die Konzeption Hermann Hellers

Fast 20 Jahre, bevor der Parlamentarische Rat die Bundesrepublik Deutschland als "demokratischen und sozialen Rechtsstaat" (Art. 28 Abs. 1 GG) bezeichnete, hat Hermann Heller den Begriff des sozialen Rechtsstaates verwandt (130). Für die Analyse der Staatszielbestimmung des Grundgesetzes bedeuten Hellers Überlegungen mehr als eine terminologische Vorarbeit. Die Schrift, die seine Gedanken zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat enthält, entstand in einer konkreten politischen Kampfsituation: Heller appellierte an die "geistigen Kräfte der Nation", sich zu den sozialen und ökonomischen Konsequenzen eines demokratisch legitimierten, rechtsstaatlich eingegrenzten Staates zu bekennen und sich mit dieser Entscheidung für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat der drohenden faschistischen Diktatur entgegenzustemmen (131).

Aus dieser Frontstellung gegen den totalitären Staat erklärt sich zunächst die Betonung der rechtsstaatlichen Freiheitsgarantien. Der Ausgangspunkt alles rechtsstaatlichen Denkens, daß "jede unkontrollierte menschliche Gewalt ... früher oder später der Gefahr unberechenbarer Willkür" (132) erliege, ist für Heller eine zeitlos gültige Erkenntnis. Gewaltenteilung und Grundrechtsgarantie bleiben daher "eine politische Wirklichkeit von der größten praktischen Bedeutung". Sie bilden die notwendige formale Grundlage, um "allen Angehörigen des Staatsvolkes ein in der Wirklichkeit allerdings sehr verschiedenes Maß von 'Freiheiten'" (133) zu sichern.

Aber schon in dieser Begründung der Notwendigkeit formaler Strukturelemente des Rechtsstaates klingt die Einsicht Hellers an, daß sich der Rechtsstaat selbst gefährde, wenn er sich - ohne Rücksicht auf gewandelte soziale und ökonomische Verhältnisse - in dieser Formalstruktur erschöpft.

Denn der materiellen Rechtsstaatsforderung sei damit noch nicht Genüge getan. Sie sei erst erfüllt, wenn das materielle Ziel des Rechtsstaates, "die Berücksichtigung der Lebenszwecke aller" (134), auch in der Gesellschaft verwirklicht werde.

Der Versuch, einen Weg zur Lösung dieser Aufgabe zu weisen, führt Heller einmal dazu, die Bedeutung des demokratischen Mitwirkungsden-

kens für den materiell verstandenen Rechtsstaat aufzuzeigen. Zugleich deckt er aber den "unerhörten Spannungszustand" auf, der aus dieser Verbindung zwischen Demokratie und Rechtsstaat entstanden sei.

Heller hat diese Gedanken an einer historischen Betrachtung entwickelt:

Schon in der Geschichte des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates findet er die innere Verbindung zwischen rechtsstaatlicher Freiheitsidee und demokratischem Mitwirkungsdenken vorgeprägt. Auch das liberale Bürgertum habe nicht nur die rechtsstaatliche Organisation der Gewaltenteilung und den Schutz der Grundrechte gegenüber der Verwaltung des monarchischen Staates gefordert. Es habe in gleichem Maße seine Teilnahme an der Gesetzgebung erkämpft:

> "Es ist gerade heute von Bedeutung, auf den unlöslichen wechselseitigen Zusammenhang nachdrücklich hinzuweisen, in welchem von Anfang an die - mindestens in Gestalt der mitbeteiligten Volkslegislative - demokratische Organordnung der modernen Verfassungen mit ihrer Funktionsordnung steht, welche die staatlichen Tätigkeiten dort, wo sie sich mit den Bürgern unmittelbar berührte, einer rechtlichen Regelung unterwarf" (135).

Allerdings, schreibt Heller, sei die Verschmelzung von Freiheit und Gleichheit, die Verbindung zwischen rechtsstaatlichem und demokratischem Denken, zunächst "auf die bürgerliche Klasse beschränkt" worden. Das Bürgertum habe versucht, sich demokratisch zu legitimieren, indem es sich mit dem 'Volk' identifizierte. Aber dieser Anspruch habe auf die Dauer nicht aufrechterhalten werden können (136).

Die bürgerliche Gesellschaft, "die selbst keine andere Herrschaftslegitimation besitzt", habe es nämlich nicht verhindern können, "daß die immanente Logik der politisch-sozialen Freiheits- und Gleichheitsforderung im Zeitalter des entwickelten Kapitalismus sich auch im Proletariat auswirkte" (137).

Das Proletariat habe diese Forderung in Gestalt der sozialen Demokratie übernommen und mit Hilfe des allgemeinen Wahlrechts seinen Anteil an der Gesetzgebung durchgesetzt. Im Besitze des entscheidenden Einflusses auf die "Volkslegislative" versuche es, "den liberalen in einen sozialen Rechtsstaat" zu überführen: Es erstrebe damit "die Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung" (138).

Denn während das Bürgertum im liberalen Rechtsstaat die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung mit der Begründung für autonom erklärt hatte, daß sie der Freiheits- und Gleichheitsforderung durch harmonischen Kräfteausgleich von selbst genüge, erkenne das Proletariat darin die "großartige Verhüllung eines geradezu konträren Zustandes" (139).

Es sehe die formal gleiche Teilhabe aller an der politischen Willensbildung durch "private Mobilisierung der staatlichen Macht ... zu sehr kräftiger Intervention auf dem Gebiete der Wirtschaft" (140) und durch die einseitige Beeinflussung der öffentlichen Meinung seitens der Inhaber ökonomischer Machtpositionen (141) gefährdet. Das summum jus

der politischen Demokratie erscheine infolge der sozialen Ungleichheit als summa injuria:

> "Die radikalste formale Gleichheit wird ohne soziale Homogenität zur radikalsten Ungleichheit und die Formaldemokratie zur Diktatur der herrschenden Klasse"(142).

Unter solchen Voraussetzungen lasse sich die materiell-rechtsstaatliche Idee der "Berücksichtigung der Lebenszwecke aller" nur durch die Gesetzgebung der sozialen Demokratie verwirklichen. Mit den Entscheidungen der 'Volkslegislative' versuche der wirtschaftlich Schwache, "den wirtschaftlich Starken zu fesseln, ihn zu größeren sozialen Leistungen zu zwingen oder ihn gar aus dem Eigentum zu verdrängen"(143).

An dieser Stelle der Ausführungen Hellers soll zunächst ale Zwischenergebnis seines Gedankenganges festgehalten werden:

1. Zugrunde liegt die Erkenntnis, daß die - unerläßlichen - formalen Strukturelemente des Rechtsstaates nicht isoliert von den Methoden politischer Willensbildung betrachtet werden dürfen, denen sie zugeordnet sind. In der Verknüpfung mit verschiedenen Willensbildungsprinzipien führen sie vielmehr zu unterschiedlichen Ergebnissen. Auf den demokratischen Rechtsstaat angewendet, bedeutet das:

Für sich genommen gewährleisten die Freiheitsschutzgarantien des formalen Rechtsstaates zwar die Gleichheit der Rechtsanwendung. Erst in der Verbindung mit der demokratischen Willensbildung weitet sich jedoch diese zur - formal - gleichen Mitwirkung "durch Repräsentationsbestellung" an der Entstehung der Gesetze aus.

2. Dennoch scheitert diese theoretische Möglichkeit, durch formal gleiche Einwirkung auf die "Gestaltung der politischen Einheit" das materiell-rechtsstaatliche Ziel der 'Berücksichtigung der Lebenszwecke aller' in sozial gerechter Gesetzgebung zu verwirklichen. Die Machtverhältnisse in der Verfassungswirklichkeit stehen ihm entgegen: Soziale und ökonomische Machtpositionen machen die formal gleichen Einwirkungschancen aller auf die politische Willensbildung zunichte. Soll das demokratische Teilhabedenken unter diesen Verhältnissen voll zur Entfaltung kommen, dann muß daher die demokratische Forderung nach gleicher Mitwirkung auf die Wirtschafts- und Sozialordnung ausgedehnt, dann muß der illegitime politische Einfluß der Inhaber privater Macht beseitigt werden.

In dem Maße, in dem das gelingt, wird der liberale Rechtsstaat zum sozialen Rechtsstaat entwickelt. Erst dann, mit der Durchsetzung der Forderungen sozialer Gerechtigkeit in Wirtschaft und Gesellschaft, wird der materielle Kern des Rechtsstaatsdenkens unter den gewandelten ökonomischen und sozialen Verhältnissen zur Geltung gebracht.

Die "Volkslegislative" schließlich wird zum Motor, der diese Umwandlung des liberalen in den sozialen Rechtsstaat vorantreibt: Die demokratischen Selbstbestimmungsorgane also dehnen "den materiellen Rechtsstaatsgedanken auf die Arbeits- und Güterordnung" aus.

Heller will die Antinomie zwischen rechtsstaatlicher Freiheitsforderung und demokratischer Gleichheitsidee durch die Erkenntnis überwinden, daß sich die Freiheit aller nur entfalten könne auf der Grundlage politischer Gleichheit, sozialer Homogenität und formaler Rechtsschutzgarantien. In diesem Versuch liegt der entscheidende Wert seines Denkens für die Diskussion über die Staatszielbestimmung des Grundgesetzes.

Das Ergebnis seiner Analyse, daß die Arbeiterschaft mit Hilfe der demokratischen Gesetzgebung den sozialen Rechtsstaat durchzusetzen versuche, hat Heller zugleich in das Spannungsfeld zwischen demokratisch-politischen Entscheidungen und privatwirtschaftlichen Machtansprüchen gestellt. Er hat aufgezeigt, daß sich aus dem Gegensatz zwischen politischem und wirtschaftlichem Kommando "ein gänzlich neues, in der Geschichte Europas völlig unerhörtes Staatsformproblem" (144) ergeben habe: Dem Drang der Massen, der demokratischen Entscheidung der Mehrheit auch die Wirtschaft zu unterwerfen, stehe das Ziel der Wirtschaftsführer gegenüber, ihre ökonomische Macht in politische Herrschaft umzusetzen (145).

Heller sah aus dem "Auseinanderklaffen von politischer und gesellschaftlich-wirtschaftlicher Macht" nur zwei Auswege:

> "Entweder muß die Staatsgewalt durch eine eigene ökonomische Machtfundierung die Möglichkeit bekommen, sich gegenüber den privaten Wirtschaftseinflüssen politisch zu verselbständigen, oder der Kampf der Wirtschaftsführer muß den wenigstens vorläufigen Erfolg haben, daß sie die demokratische Gesetzgebung zu ihren Gunsten beseitigen" (146).

Ausdehnung der demokratischen Willensbildung auf die Wirtschaft zur Durchsetzung sozialer Gerechtigkeit oder Untergang der Demokratie und des Rechtsstaates lautete Hellers Prognose in der Endphase der Weimarer Republik: Soziale Demokratie auf rechtsstaatlicher Grundlage oder faschistische Diktatur.

Die Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung bedeutete damit nicht nur einen Auftrag an die demokratischen Selbstbestimmungsorgane, der sich aus den Gerechtigkeitsforderungen des sozialen Rechtsstaates ergab. Sondern die Kontrolle des demokratischen Staates über die Wirtschaft wurde darüber hinaus zur Maßnahme des Selbstschutzes, die allein die Existenz des demokratischen und sozialen Rechtsstaates sichern konnte.

In der staatsrechtlichen Diskussion über den sozialen Rechtsstaat ist die Erkenntnis Hellers von der notwendigen Verknüpfung des materiellen Rechtsstaatsdenkens mit der sozialen Demokratie nicht akzeptiert worden. Auf der letzten Staatsrechtslehrertagung vor der nationalsozialistischen Diktatur verwahrte sich Heinrich Triepel gegen den Versuch, den "ganz überzeitlichen Wert des Rechtsstaates" durch Beiwörter zu "verkleinern". Er sah in der Konstruktion eines sozialen Rechtsstaates ebenso eine 'Verzerrung' wie in der Absicht, mit dem Ausdruck 'bürgerlicher' Rechtsstaat einen Staat "der um ihre Sekurität besorgten Bourgeoisie" zu kennzeichnen. Triepel fürchtete, damit werden ein "Ewigkeitswert in den Staub des Irdisch-Kleinlichen herabgezogen".

Den "Männern des Rechts" obliege es, sich gegen solche Verzerrungen zu wehren(147).

In der politischen Auseinandersetzung wurde das von Heller geschilderte Ringen um den sozialen Rechtsstaat als Kampf um die Demokratie ausgetragen. Noch vor dem Ausbruch der Weltwirtschaftskrise findet sich die Feststellung:

> "Die deutsche Industrie beherrscht praktisch die deutsche Politik, die innere wie die äußere"(148).

Daraus ergab sich die Existenzfrage der Weimarer Demokratie, die Hermann Heller aufgeworfen hatte: War die Industrie gewillt, sich diesen Einfluß durch eine Kontrolle der demokratischen Staatsorgane über die Wirtschaft, also - in der Terminologie Hellers - durch eine Überführung des liberalen in den sozialen Rechtsstaat streitig machen zu lassen?

Die Antwort enthält eine Anzahl von Aufsätzen, die die Deutsche Bergwerkszeitung zur Düsseldorfer Tagung des Reichsverbandes der deutschen Industrie 1929 in einer besonderen Beilage zusammenfaßte und dann als Broschüre herausgab(149).

Das Motto lieferte Emil Kirdorf, Aufsichtsratsvorsitzender im Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikat und Generaldirektor der Gelsenkirchener Bergwerks AG. Sein Beitrag bestand lediglich in dem durch eigenhändige Unterschrift bekräftigten Satz:

> "Die Wirtschaftsdemokratie wird den Untergang des Deutschtums vollenden"(150).

Der Jenaer Universitätsprofessor Wundt wußte das aus dem Wesen der rechtsstaatlichen Demokratie zu begründen. Die Demokratie, schrieb er, hemme die Selbständigkeit des einzelnen, indem sie ihn "mit einem Netz von Überwachungen gefangen hält, so daß jeder frische Entschluß alsbald die blasse Farbe aller möglichen Bedenklichkeiten annimmt und niemand mehr so recht eine Verantwortlichkeit auf sich zu nehmen wagt"(151).

Erweise sich die Unmöglichkeit der Demokratie vor allem in der Wirtschaft, so sei sie doch in Wahrheit "eine allgemeine Erscheinung", Denn "wer wollte bei schärferem Hinsehen die gleichen ungünstigen Folgen auch beim Staate verkennen?"(152)

Wundt verhehlte auch nicht, welche Staatsform demgegenüber anzustreben sei:

> "Die Entfesselung der Selbständigkeit aller einzelnen ist ohne Zweifel ein hervorragender Zug im Bilde jeder autokratischen Staatsform: Die Verhältnisse in manchem heutigen Staate können das bestätigen"(153).

Deutlicher noch bekundete ein anderer Autor, an welche Staaten dabei gedacht war: Er verwies auf die "bemerkenswerten Erfolge", die "der italienische Faschismus" bei dem Versuch errungen habe, "einen wahrhaft sozialen Staat aufzurichten". Es scheine, "daß man zu diesem

Zweck den Sozialismus und nicht nur die 'wirtschaftliche' Demokratie vernichten muß"(154).

Daß sich die Warnung Hellers im Schicksal der Weimarer Demokratie erfüllt habe, ist in der rückblickenden Betrachtung vielfältig erkannt worden. So legt etwa Franz Böhm dar, ein "bedenkenloser Teil der Unternehmer" habe sich nicht auf die legitimen Einflußmöglichkeiten der demokratischen Verfassung beschränken wollen. Er habe begonnen, "Geld und Beziehungen zu mobilisieren, um die Demokratie selbst zu Fall zu bringen "(155).

Karl Dietrich Bracher bestätigt die Prognose Hellers mit der Feststellung, daß sich "die Machtgebilde der Wirtschaft der Minimalkontrolle durch eben die demokratischen Instanzen" entzogen, "die sie gleichzeitig im politischen Raum aufzusuchen und zu beeinflussen verstanden"(156).

Es kann daher nicht überraschen, daß die Diskussion über die Grundlagen eines zukünftigen deutschen Staates 1945 die Fragestellung und die Antwort wieder aufgriff, mit der Hermann Heller vor dem Untergang der Weimarer Republik die Auseinandersetzung um den demokratischen und sozialen Rechtsstaat abgeschlossen hatte. Allgemein hatte das Erlebnis der Weltwirtschaftskrise und ihrer Folgen zu der Erkenntnis geführt, daß die Existenz des demokratischen Staates gefährdet sei, wenn es ihm nicht gelinge, "den Übergang von einer lediglich formalen zu einer sozialen Demokratie praktisch zu vollziehen"(157).

Die Forderung, die Wirtschaft demokratischer Kontrolle zu unterstellen, wurde 1945 von allen politischen Gruppen erhoben. Die erste grundlegende deutsche Darstellung über das Verhältnis von Rechtsstaat, Sozialstaat und Demokratie nahm die Gedanken Hellers wieder auf.

bb) Die Weiterführung der Gedanken Hellers nach 1945

Zuerst tauchte der Begriff des sozialen Rechtsstaates allerdings in einer Arbeit des Schweizers Werner Kägi mit dem programmatischen Titel "Rechtsstaat - Sozialstaat - sozialer Rechtsstaat"(158) wieder auf.

Auch darin ist die Anknüpfung an Heller erkennbar. Wie Heller findet Kägi im liberalen Denken des Rechtsstaates Zeitbedingtes und zeitlos Gültiges nebeneinander. Das "Unverlierbare" sieht er in der "Anerkennung und rechtlichen Gewährleistung des Eigenwertes der menschlichen Person" durch Begrenzung der staatlichen Macht(159). Er erkennt, daß dieser Grundwert des materiellen Rechtsstaatsdenkens nicht ohne bestimmte organisatorische und institutionelle Garantien verwirklicht werden kann:

> "Ohne eine Teilung und wechselseitige Hemmung und Kontrolle der Gewalten hat der Rechtsstaat keinen Bestand"(160).

Als zeitbedingt und unzureichend empfindet er dagegen Formen und Inhalt des Rechtsstaates, wie sie sich in der politischen Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts herausgebildet hatten. Die Idee der Gewaltenteilung dürfe zwar niemals aufgegeben werden, aber weder das Schema Montes-

quieus noch ein späteres Dreiteilungsschema seien "allgemeingültig und für alle Zeiten verbindlich". In der Zielsetzung habe sich der liberale Rechtsstaat zu einer "Rechtsschutzanstalt im Dienste des einzelnen entwickelt"; diese "individualistische Entartung" gelte es zu überwinden (161).

Da jedoch das Rechtsstaatsideal jeder Epoche durch die große politische Aufgabe seiner Zeit geprägt werde, bedürfe der Rechtsstaat der Gegenwart eines neuen, lebendigen Inhalts. "Der politische Kampf unserer Tage", schreibt Kägi, "geht um das soziale Problem. Der kommende Rechtsstaat wird ein sozialer Rechtsstaat sein müssen" (162). Wolle er diesen 'Ehrennamen' zu Recht tragen, dann müsse "seine Leitidee ... die soziale Gerechtigkeit sein" (163).

Auch der soziale Rechtsstaat errichte im Bereich der Grundrechte absolute Grenzen der Staatsgewalt. Aber er erschöpfe sich nicht in der liberalen Forderung nach Freiheit vom Staat, sondern überwinde diesen "einseitigen Individualismus", indem er den Akzent von "der Rechtssicherheit auf die Gerechtigkeit, von der ausgleichenden zur austeilenden Gerechtigkeit" verlagere. Er müsse "auch dem Armen und Schwachen zu seinem Recht - nicht nur zu Almosen - verhelfen" (164).

Die doppelte Frontstellung gegen einen historisch überholten Individualismus und gegen den totalitären Staat, die den Begriff des 'sozialen Rechtsstaates' seit seiner Verwendung durch Hermann Heller kennzeichnet, bleibt damit auch in der Konzeption Kägis das entscheidende Merkmal dieses Staatsideals. Ebenso klingt bei Kägi die Erkenntnis an, daß sich auch die demokratische Willensbildung nicht mehr auf relativistische Wertneutralität zurückziehen könne, sondern daß die Entscheidungen der demokratischen Selbstbestimmungsorgane durch die Leitidee der sozialen Gerechtigkeit inhaltlich legitimiert sein müßten:

> "Eine mutige Evolution im sozialen Ausbau unserer Demokratie ist das Gebot der Gegenwart" (165).

Diese Auffassung ist logisch zwingend, wenn man das formale Rechtsstaatsprinzip aufgibt und den Rechtsstaat inhaltlich an das Ideal sozialer Gerechtigkeit bindet. Soll dieser soziale Rechtsstaat zugleich ein demokratisches Staatswesen sein, dann wird die Durchsetzung sozialer Gerechtigkeitsforderungen als Ergebnis eines bestimmten - eben des demokratischen - Willensbildungsprinzips erwartet. Nur dadurch, daß man die Organe der Demokratie auf dieses "sachliche Arbeitsgebiet" (166) festlegt, läßt sich die Zielsetzung eines solchen Staates verwirklichen.

Auch Kägi will soziale Gerechtigkeit, demokratische Selbstbestimmung und rechtsstaatliche Freiheit in einem Staat vereinen, der zugleich "gesetzliche, ... begrenzende, ... gerechte ... und genossenschaftliche Ordnung" sein soll. Aber die Verwirklichung dieses Ideals erscheint ihm im wesentlichen als "eine Frage ... der Erziehung" (167). Er verzichtet darauf, sich - wie Heller - mit den Konflikten zwischen demokratisch-politischen und privatwirtschaftlichen Machtansprüchen zu beschäftigen, in deren Spannungsfeld der soziale Rechtsstaat durchgesetzt werden muß.

Statt dessen läßt er die alte rechtsstaatliche Besorgnis vor einer 'Tyrannei der demokratischen Mehrheit' wieder anklingen, die am Ende der Weimarer Republik in den Hintergrund getreten war.

Die deutsche Nachkriegsdiskussion griff beide Probleme gleichzeitig auf. Einerseits war man sich in Deutschland des Erlebnisses der Weltwirtschaftskrise noch so deutlich bewußt, daß man stärker als Kägi für den Zusammenhang zwischen politischer und ökonomischer Macht aufgeschlossen war. Die Erfahrungen mit dem totalitären Staat ließen andererseits stärker als vor 1933 die Notwendigkeit hervortreten, der Staatsgewalt - auch der demokratischen - absolute Grenzen zu setzen.

Der unmittelbare Anschluß an die Gedanken Hellers erweist sich in den Ausführungen Adolf Arndts, die dieser in einer ersten theoretischen Auseinandersetzung mit Franz Böhm über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat gemacht hat (169).

Was Heller vor dem Untergang der Weimarer Republik als Warnung prophezeit hatte, stellt sich für Arndt im Rückblick als Ursache für die Zerstörung der Weimarer Demokratie dar:

Im Kampf der Inhaber ökonomischer Privatmacht gegen die politischen Ziele der sozialen Demokratie habe die Unternehmerschaft Hitler als "Kettenhund des Kapitalismus" (170) auf die Arbeiterschaft und damit zugleich auf den demokratischen Staat losgelassen. Arndt schloß, ein solches Verhalten könne sich aus der Logik des unternehmerischen Gewinn- und Machtstrebens immer wiederholen, sobald die kapitalistische Wirtschaft in eine Krise gerate. Dann würden die Inhaber unkontrollierter Wirtschaftsmacht den politischen Einfluß, der sich zu allen Zeiten mit Reichtum gepaart habe, dazu benutzen, die demokratische Staatsverfassung letztlich zu beseitigen.

Aus diesem Geschichtsbild und seiner Verabsolutierung ergibt sich die Forderung, die Arndt in den Mittelpunkt seiner Auffassung vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat stellt:

Sollten Demokratie und Rechtsstaat nicht ständig aufs neue gefährdet sein, dann müsse die formale und materielle Verfassung "das Volk vor neuem Verrat ... bewahren" (171). Um diese "soziale Frage" zu lösen, habe die Demokratie ihrer politischen Entscheidung und Kontrolle auch die Wirtschaft unterzuordnen (172).

Gleichermaßen wie für Hermann Heller wird für ihn die Kontrolle der demokratischen Staatsorgane über die Wirtschaft zum dringenden Gebot. Denn sowohl die Demokratie als auch der Rechtsstaat sind in ihrer Existenz nur dann zu sichern, wenn es dem demokratischen Staat gelingt, sich die ökonomische Privatmacht zu unterwerfen.

Aber mit der Gestaltung der Wirtschaftsordnung erfüllt die Demokratie nicht nur die Aufgabe der Sicherung ihrer Existenz. Indem sie die Forderung sozialer Gerechtigkeit auch im Wirtschaftsleben durchsetzt, verwirklicht sie den materiellen Kern des rechtsstaatlichen Denkens. Nur wenn man "das Ökonomische als Substanz der Politischen" begreife, schreibt Arndt, könne man aus der Sackgasse herauskommen, "daß die einen nach dem Rechtsstaat, die anderen nach dem Sozialstaat rufen":

"Denn weder das eine noch das andere Idol vermag die Demokratie zu verwirklichen, sondern nur ihre Synthese im sozialen Rechtsstaat" (173).

Wie bei Heller rückt damit in der Konzeption Arndts vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat die Demokratie in den Mittelpunkt. Arndt geht davon aus, daß der Staat nur dann als Rechtsstaat gelten könne, wenn er die Grundrechte "durch das ganze Leben für den ganzen Menschen" realisiere. Dieses Ziel habe die Demokratie als verpflichtend anzuerkennen; sie dürfe nicht mehr nur als politische Verfahrensweise gelten, die bei der Durchführung jedes politischen Sachprogrammes beachtet werden will. Indem sie damit auf einem verbindlichen Wertsystem beruhe, werde sie "selbst als Wert legitim" (174).

In voller Übereinstimmung mit der Auffassung Hellers läßt sich Arndts Ergebnis so zusammenfassen:

Nur wenn die Demokratie als wertgebundenes System gleichberechtigter Willensbildung das politische und das wirtschaftliche Leben durchdringt, kann sie der Idee der sozialen Gerechtigkeit entsprechen und zugleich der Freiheitsforderung des Rechtsstaates umfassende Geltung verschaffen.

Mit diesem Ergebnis ist der Anschluß an die Position Wolfgang Abendroths hergestellt.

cc) Die Diskussionsbeiträge Wolfgang Abendroths

In seinem kritisch gegen das Referat Forsthoffs gerichteten Diskussionsbeitrag auf der 12. Staatsrechtslehrertagung hat Abendroth begründet, warum er es für notwendig hielt, von der Konzeption Hellers auszugehen.

Er führte aus, im Parlamentarischen Rat sei einerseits die Ansicht vertreten worden, daß die "rechtsstaatliche Sicherung der Individualsphäre mit einem mindestens potientiell allseitig planenden Wohlfahrtsstaat unvereinbar sei und daß deshalb Eingriffe in die Sozial- und Wirtschaftsordnung nur als im Grunde die bestehende Sozial- und Wirtschaftsordnung nicht umgestaltende, sondern ins Gleichgewicht bringende Einzelmaßnahmen gebilligt werden können". Andere Gruppen seien der Meinung gewesen, "daß eine volle Umplanung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung erforderlich sei und daß ein derart neu zu gestaltender sozialer Wohlfahrtsstaat auf die Dauer gesehen die einzige Möglichkeit materieller Inhaltserfüllung des demokratischen Rechtsstaatsgedankens bringe" (175).

Infolge dieser Kompromißlage habe im Grundgesetz zu den wesentlichsten Fragen sozialer Gestaltung nichts ausgesagt werden können. Die Interpretation der Staatszielbestimmung müsse daher zunächst auf die sozialgeschichtliche und politische Situation zurückgreifen, aus der heraus der Begriff des Sozialstaates entstanden sei.

Wie Forsthoff an anderer Stelle selbst dargelegt habe, beruhte der liberale Rechtsstaat auf der Anschauung, die gegebene Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung sei in sich gerecht und bedürfe daher nicht der Gestaltung durch den Staat. Spätestens mit der Weltwirtschaftskrise sei jedoch diese Annahme aufgegeben worden (176).

Mit dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates habe schon damals Hermann Heller zum Ausdruck bringen wollen, "daß nunmehr die Sozialordnung und die wirtschaftlichen Grundlagen dieser Sozialordnung einer Umgestaltung unterworfen werden müßten, einer Umgestaltung, die auf einer Inhaltserfüllung des Gedankens der materiellen Gerechtigkeit beruhen müsse"(177). Der Sozialstaat sei also "die Konsequenz der Aufhebung des Glaubens an die immanente Gerechtigkeit der bestehenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung"(178), mithin nicht - wie Forsthoff dargelegt hatte - eine rechtliche Gegebenheit. Sondern er bilde eine "weitgehend offen und ungelöst gebliebene Gestaltungsaufgabe" mit dem Ziele sozialer Gerechtigkeit.

Aber innerhalb des Rechtsgrundsatzes vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat lasse sich der Begriff der Sozialstaatlichkeit nicht ohne Beziehung zu den beiden anderen Elementen verstehen:

In der Verbindung mit dem Bekenntnis zur Demokratie werde die Gestaltung der Sozialordnung den Selbstbestimmungsorganen des demokratischen Staates unterworfen. Dieser Zusammenhang wirke auch auf den rechtsstaatlichen Teil der Verfassung zurück. Das Sozialstaatsbekenntnis solle verhüten, daß die Grundrechte "als restaurative oder konservative Bestätigung der bestehenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung und deshalb als verfassungsrechtliche Schranke ihrer Veränderung mißdeutet" würden(179).

Darüber hinaus sei zu prüfen, inwieweit die ursprünglich als Ausgliederungsrechte gegenüber der Staatsgewalt gedachten liberalen Grundrechte - wie etwa die Bestimmungen über das Eigentum - zu Teilhaberechten einer neu zu gliedernden Gesellschaft umgedeutet werden müßten. Zugleich seien sie mit ihrem früheren Ausgliederungscharakter zu versöhnen(180). Eine solche Interpretation sei notwendig, wenn der Rechtsstaat einer Verfassungsordnung ebenso ein sozialer und demokratischer Staat sein solle.

Die Verbindung mit dem Bekenntnis zu Sozialstaat und Demokratie führe also notwendig zur materiellen Inhaltserfüllung des Rechtsstaates. Sowohl seine inhaltliche Entleerung zum formalen Rechtsstaatsbegriff des Positivismus als auch eine unkritische Wiederbelebung des früheren liberalen Rechtsstaatsdenkens ohne Rücksicht auf den Wandel der sozialen Verhältnisse seien damit unmöglich gemacht:

Die Verknüpfung mit der Demokratie solle "den materiellen Rechtsstaatsgedanken der Demokratie, also vor allem den Gleichheitssatz und die Verbindung des Gleichheitssatzes mit dem Teilhabedenken im Selbstbestimmungsgedanken" zur Geltung bringen. Das Bekenntnis zum Sozialstaat verpflichte dazu, diese materiellen Elemente der Demokratie auf die Wirtschafts- und Sozialordnung auszudehnen; erst dadurch werde dem Sozialstaatsgedanken realer Inhalt verliehen(181).

Dieser Auftrag an den demokratischen Gesetzgeber schließe das Recht ein, die Inhaber ökonomischer und gesellschaftlicher Machtstellungen, "die nicht demokratisch legitimiert werden können" und die ihre Macht "in unmittelbare politische Machtstellungen übersetzen können", dem "Willen der Gesellschaft" zu unterwerfen. Dies sei - entgegen der An-

sicht Bachofs - unabhängig davon, ob sie die erforderliche soziale Verantwortung erkennen ließen(182).

Damit führt die Konzeption Abendroths vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat zu der gleichen Forderung, die schon bei Heller und Arndt aufgezeigt wurde. Sie wird von Abendroth - an anderer Stelle - unter ausdrücklichem Hinweis auf Hermann Heller motiviert. Abendroth erinnert zunächst daran, "daß die Trennung des politischen und des ökonomischen Kommandos einen Spannungszustand erzeugt, der im nur formal demokratisch organisierten Staat auf die Dauer nicht aufrechterhalten werden kann". Im gleichen Sinne wie Arndt folgert er: Wenn die Massen in Krisensituationen in Bewegung gerieten, würden "die Inhaber nicht demokratisch legitimierbarer ökonomischer Machtpositionen stets dazu neigen, die demokratische Organisation des politischen Gemeinwesens aufzuheben, um die bevorstehende Bedrohung ihrer Machtpositionen durch demokratische Willensbildung im Staate auszuschalten"(183).

Was Heller in dieser Form prophezeit hatte, findet Abendroth - wie Arndt - im Rückblick bestätigt. Ebenfalls wie Arndt fordert er, daß "der demokratische Gedanke sich in rechtsstaatlicher Weise in die Wirtschafts- und Sozialordnung" projizieren müsse, weil sonst "alle drei Momente dieser Einheit im Falle einer sozialen Krise gleichmäßig in Frage gestellt" blieben(184).

Neben diesem Rückgriff auf die Gedanken Hellers und Arndts faßte Abendroths Diskussionsbeitrag systematisch zusammen, was bei Ipsen und Knoll - und auch im Referat Bachofs - zwar an einzelnen Stellen, nicht jedoch mit dieser Geschlossenheit zum Ausdruck gekommen war. Er wiederholte einmal die Deutung der Sozialstaatsforderung als generellen Auftrag zur Gestaltung der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung mit dem Ziel sozialer Gerechtigkeit. Zum anderen sah er ebenfalls in der Verknüpfung von Sozialstaat und Demokratie die Zuweisung des sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages an die demokratischen Entscheidungsorgane und die inhaltliche Verpflichtung, dabei den demokratischen Gedanken der gleichberechtigten Teilhabe und Selbstbestimmung in der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung durchzusetzen. Schließlich führte er den Gedanken Ipsens und Knolls fort, daß diese Werte der sozialen Demokratie zur Umdeutung der rechtsstaatlichen Ausgrenzungsrechte in Teilhaberechte führen müßten.

Auch Abendroth ging damit - in entschiedenem Gegensatz zu Forsthoffs formaler Rechtsstaatstheorie - von einem materiellen Rechtsstaatsbegriff aus. Dessen Wesensgehalt wollte er jedoch nicht - wie Ipsen und Bachof - in erster Linie aus dem Sozialstaatsbekenntnis ableiten. Er vertrat vielmehr die Ansicht, daß der Rechtsstaatsgedanke nicht nur im politischen Bereich, sondern auch im Wirtschaftsleben durch die "materiellen Momente der Demokratie", nämlich den Gleichheitssatz und den Gedanken "der sich selbst bestimmenden Freiheit des Volkes" "bestimmt" werde(185).

Mit diesem Nachdruck war das Gewicht der Demokratie innerhalb der Staatszielbestimmung bis dahin nicht hervorgehoben worden. An die Stelle von Ipsens entschiedenem Eintreten für das Sozialstaatsbekennt-

nis und Forsthoffs "Option für den Rechtsstaat" setzte Abendroth nun die eindeutige Entscheidung für die Demokratie. Nicht auf dem Boden der - absolut gesetzten - Begriffe, Formen und Institute des Rechtsstaates sollte geprüft werden, wieweit die rechtsstaatliche Ordnung der sozialen Gestaltung durch den demokratischen Gesetzgeber eröffnet werden könne. Sondern zum beherrschenden Element innerhalb des demokratischen und sozialen Rechtsstaates wurden die materiellen Grundwerte der Demokratie, aus denen sich erst der Wesensgehalt des ebenfalls materiell verstandenen Rechtsstaates ergebe.

Wieder läßt sich im Vergleich der Ausführungen Abendroths und Forsthoffs der entscheidende Gegensatz in der politischen Einstellung erkennen, der die bisher dargestellte Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat durchzog:

Forsthoff erklärt den status-quo-sichernden Rechtsstaat zum primären Wert gegenüber sozialer Gestaltung durch die demokratischen Selbstbestimmungsorgane, weil seine Haltung gegenüber dem demokratischen Gesetzgeber durch die Befürchtung geprägt ist, dessen Entscheidungen führten zur diskriminierenden Diktatur der Majorität.

Abendroth dagegen stellt die Wirtschafts- und Sozialordnung prinzipiell zur Disposition des demokratischen Gesetzgebers, ohne auch nur anzudeuten, welche Grenzen er für deren Umgestaltung anzuerkennen bereit ist. Die Entscheidung, dem Parlament einen so umfassenden Gestaltungsspielraum einzuräumen, beruht auf dem - scheinbar unbegrenzten - Vertrauen, daß sich als Resultat demokratischer Selbstbestimmung Freiheit und soziale Gerechtigkeit ergeben (186). Zudem erwächst sie aus der Überzeugung, daß Demokratie und Rechtsstaat gleichermaßen gefährdet seien, wenn es den politischen Organen der Demokratie nicht gelinge, diesen sozialstaatlichen Gestaltungsauftrag zu erfüllen.

Erneut und stärker als je zuvor stand nach dem Diskussionsbeitrag Abendroths die Frage nach der Bedeutung der Demokratie im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Mittelpunkt. In seinem Schlußwort auf der 12. Staatsrechtslehrertagung hat Forsthoff die Ansicht, daß das gesamte Rechtsstaatsdenken des Grundgesetzes von den materiellen Werten der Demokratie bestimmt werde, zurückgewiesen. Er sah im Rechtsstaat nach wie vor einen Staat, "in dem bestimmte Formen, Verfahren und Methoden gelten und der dadurch in seinem Wesen gekennzeichnet ist". Daher habe die Bundesrepublik als Rechtsstaat "keinen spezifischen materiellen Gehalt" (187).

Gegen eine solche rechtsstaatliche Konzeption wollte Forsthoff auch die Berufung auf die Demokratie nicht gelten lassen:

> "Das demokratische Prinzip, wie es im Grundgesetz enthalten ist, ist ein Verfahrensprinzip, nach dem sich die Staatswillensbildung zu vollziehen hat. Dieses Prinzip hat Grenzen, die in Art. 79 Abs. 3 GG gezogen sind, aber es hat keinen materiellen Gehalt. Dieser Gehalt wird erst durch die Akte der Staatswillensbildung konkretisiert. Unabhängig von ihnen materiale demokratische Gehalte der Verfassung zu hypostasieren, halte ich nicht nur für unmöglich, sondern für schlechthin unzulässig" (188).

Mußte Forsthoff dann aber gegenüber dem Grundgesetz nicht den gleichen Einwand vortragen, den er in einer früheren Schrift (189) gegen die Weimarer Verfassung erhoben hatte? Diese umschreibe nämlich, hatte Forsthoff damals dargelegt, "im letzten Grunde nicht eine Ordnung, sondern ein Verfahren, das Verfahren nämlich, nach dem jeweilige Parteimehrheiten ihren jeweiligen Parteikoalitionswillen durchsetzen konnten, sei es im Wege der normalen Gesetzgebung, sei es im Wege der Verfassungsänderung. Was in Gemäßheit dieses Verfahrens geschah, war legal und darum ohne Ansehung seines Inhalts zu einem besonderen Rang erhoben" (190).

Wollte Forsthoff denselben "auf Normierung und berechenbarer Vollziehung basierenden Staat" rechtfertigen, dem er ehemals die Fähigkeit zu sachlichen Entscheidungen abgesprochen und den er als "Verfallsform des bürgerlichen Rechtsstaates", als "Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde", als "Staat ohne Gehalte" gebrandmarkt hatte? (191)

Freilich hatte Forsthoff in seinem Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung angedeutet, daß sich "eine Staatsordnung nicht in der Technizität der rechtsstaatlichen Verfassung erschöpfen" könne, sondern der "Ergänzung durch materiale Gehalte" bedürftig sei (192). Wenn aber auch die Demokratie als Verfahrensprinzip solcher Gehalte entbehrte, woher nahm dann dieser Staat die "Substanz, ... aus der er seine Kraft bezieht, die seine Formen mit Leben füllt"? (193) Wie stand Forsthoff nun wirklich zur parlamentarischen Demokratie im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart?

Daß das Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung auf solche Fragen nicht eingeht, mag zwei Gründe haben. Einmal konnte Forsthoff davon ausgehen, daß er in einem juristischen Fachvortrag das - nun einmal primär rechtsstaatliche - Grundgesetz zu interpretieren habe und dabei nicht gehalten sei, seine eigene Einstellung zu einer solchen Verfassung darzulegen. Zum andern kann er die Bewertung der parlamentarischen Demokratie der Gegenwart bewußt ausgeklammert haben, um sie bei späterer Gelegenheit nachzuholen. Denn wenige Wochen nach dieser Tagung hielt Forsthoff einen Vortrag, der unter dem Titel "Verfassungsprobleme des Sozialstaats" veröffentlicht worden ist (194). Seine Stellung zur parlamentarischen Demokratie im Sozialstaat kommt darin deutlicher zum Ausdruck.

III. Forsthoffs Schrift "Verfassungsprobleme des Sozialstaats"

In dieser Schrift verzichtet Forsthoff völlig auf die Darlegung seiner formalen Rechtsstaatstheorie. Er stellte vielmehr den Prozeß der politischen Willensbildung unter den gegenwärtigen Bedingungen der sozialstaatlichen Demokratie in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen. Forsthoff beginnt mit der Darstellung der Gründe, die den Wandel vom liberalen Staat zum Sozialstaat als Staat der Leistung und Verteilung hervorgerufen haben. Das Schrumpfen des "beherrschten Lebensraums" des einzelnen habe diesen weitgehend der Möglichkeit zu individueller "Daseinsvorsorge" beraubt. Ohne beherrschten Lebensraum - und da-

mit ohne Daseinsreserven - sei der Mensch nicht mehr "krisenfest, sondern auf Vorsorge in den mannigfaltigsten Beziehungen angewiesen"(195).

Der einzelne habe die "Sicherung und Gewährleistung seiner Existenz" auf den Staat übertragen, und der Staat habe "allen Anlaß, diesem Bedürfnis in höchstem Maße zu entsprechen, weil sonst die breiten Massen einer politisch außerordentlich gefährlichen Anfälligkeit für Panikerscheinungen aller möglicher Art aus Existenzangst ausgeliefert" seien(196).

Von der Vorsorge für den Arbeitsplatz und finanzieller Hilfe bei der Arbeitslosigkeit über die Versorungsapparaturen der öffentlichen Hand, die Konjunktur- und auch die Währungspolitik bis zu den sozialen Leistungen im engeren Sinne reiche der Verteilungsmechanismus der Sozialstaates. Zu diesem sei auch die moderne Wirtschaft zu rechnen. Sie bedürfe sozialstaatlicher Regelung einmal, damit sie überhaupt funktioniere, zum anderen, damit sie "im Effekt ein Verteiler unter sozial angemessenen Bedingungen" sei(197).

Stelle man diesen Staat der Leistung und Verteilung dem Staat als Herrschaftsverband gegenüber, so ergebe sich ein "beklemmender Aspekt": Wenn nämlich der Staat die Abhängigkeit des einzelnen von ihm zu einem Mittel der Beherrschung mache, dann führe das zu einer "Steigerung der Herrschaftsmacht bis zu einer äußersten, nicht mehr überbietbaren Intensität". Nur wenige könnten sich dann den "Voraussetzungen politischen Wohlverhaltens" für die Teilnahme an staatlichen Leistungen entziehen, "ohne die Vorbedingungen ihrer vitalen Existenz preiszugeben"(198).

Ein Staat, der seine sozialen Aufgaben nicht als "dienende Funktionen" verstehe, sondern sie als Herrschaftsmittel benutze, sei kein Sozialstaat mehr:

"Sozialfunktion und Macht schließen einander aus".

Daher sei zum Beispiel die Folgerung unrichtig, man könne aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat die Verbürgung des Mitbestimmungsrechts ableiten. Dieses solle ja wirtschaftliche Machtverhältnisse regeln. Alles aber, "was wir dem Bereich des Machtkampfes oder eines Ausgleichs der Machtverhältnisse zuzuweisen haben", müsse aus dem Begriff des Sozialen ausgeklammert werden(199).

Während diese Trennung von Sozialfunktionen und Macht in der Theorie "einleuchtend" sei, werde in der politischen Wirklichkeit bei der Wahrung der sozialen Aufgaben des modernen Staates das Herrschaftselement durchaus zur Geltung gebracht. Der Staat unterliege der Versuchung, wo er helfe, auch zu beherrschen.

Der einzelne Bürger sei dabei in dreifacher Weise im Nachteil(200):

1. Die rechtsstaatliche Verfassung enthalte keine Schutznormen gegen die "Konversion der Sozialfunktionen in Machtfunktionen".

2. Auch von rechtlich möglicher Gegenwehr mache der einzelne häufig keinen Gebrauch. Er lasse sich dabei von der Erwägung leiten, daß der

Staat - angesichts der komplizierten Gesetze - Gelegenheit hätte zurückzuschlagen und daß es klüger sei, "mit dem Staat, auf den man immer wieder angewiesen ist, auf die Dauer in einem guten Verhältnis zu stehen, als im einzelnen Falle recht zu behalten".

3. Diese Nachteile würden noch dadurch verschärft, daß gerade die sozialen Aufgaben des Staates "von Funktionären wahrgenommen werden, die als Angestellte das öffentlichen Dienstes nicht dem Ethos des Berufsbeamtentums verpflichtet sind".

Zugleich habe sich das Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürger in einer weiteren Hinsicht geändert. Der Bürger, der auf die Leistungen des Sozialstaates angewiesen sei, werde diesem Staat gegenüber zum Interessenten. Der "moderne Wähler" sei nicht mehr - "wie unsere Vorväter" - bereit, sich aus Grundsatz zu entscheiden. Er fühle sich nicht mehr primär "als Glied der politischen Gesamtheit des Staatsvolkes", sondern er orientiere seine politische Entscheidung in erster Linie an seinem individuellen Dasein, an seiner Interessenlage (201).

Unter diesen veränderten Verhältnissen sei aber die Staatswillensbildung in den Verfassungen nach wie vor nach den Vorstellungen des klassischen Liberalismus geregelt, denen zufolge das Parlament durch öffentliche Diskussion und den Versuch, sich gegenseitig zu überzeugen, vernünftige Gesetze hervorbringen sollte. Daß diese Voraussetzungen in der parlamentarischen Praxis nicht mehr gegeben seien, habe schon Carl Schmitt in seiner Schrift über die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus dargelegt.

Die Berechtigung dieser Kritik läßt Forsthoff auf sich beruhen. Denn inzwischen habe sich mit dem Heraufkommen des Sozialstaates die parlamentarische Funktion erneut gewandelt. Den Staat, auf den sich das klassische parlamentarische Denken bezogen habe, könne man als "Inbegriff öffentlicher Ordnung" bezeichnen. Der heutige Sozialstaat hingegen sei darüber hinaus ein "Verteiler größten Stils". Damit habe sich auch die Staatswillensbildung gegenüber dem 19. Jahrhundert "substanziell verändert", sie bedeute in weitem Umfange "Verfügung über den sozialstaatlichen Verteilungsmechanismus".

Der Kampf um den Anteil an der Staatswillensbildung sei infolgedessen zum "Ringen um den Anteil an der Verteilung" geworden (202).

Aber nicht nur die Substanz der Staatswillensbildung habe sich gewandelt, sondern auch am Ringen um den Anteil an der Staatswillensbildung seien neue Kräfte beteiligt. Neben den Parteien machten die "in Verbänden organisierten Interessenten" ihren Einfluß geltend. Dabei seien die Verbände durch bessere Organisation, mehr Geld und besser geschulte Fachkräfte den Parteien sogar überlegen.

Sei schon unter der Weimarer Verfassung die Preisgabe des freien Mandats durch den Fraktionszwang als Veränderung, wenn nicht "Denaturierung" des Parlaments bezeichnet worden, so seien für die heutige Wirklichkeit des Parlamentarismus "die Verbände in ihrem Einfluß auf die Staatswillensbildung von primärer Bedeutung" (203).

Daraus ergebe sich als "zentrales Problem der verfassungsmäßigen Ordnung des Sozialstaates" die Frage:

> "Bietet ein solches Verfahren eine hinreichende Gewähr dafür, daß die Staatswillensbildung den sozialen Anforderungen entspricht?" (204)

Forsthoff sieht "Anlaß genug", daran zu zweifeln, "daß die Konkurrenz der Verbände in dem Ringen um Einfluß auf die Staatswillensbildung immer zu einem harmonischen und sozial vertretbaren Ausgleich führt" (205). Denn in diesem - von der Öffentlichkeit unkontrollierbaren - Prozeß bestehe die Gefahr, daß nicht sachliche Argumente, sondern die organisatorische Stärke den Ausschlag für eine Entscheidung gebe (206).

Forsthoff erscheint es nicht nur fraglich, ob sachliche Entscheidungen in den "agonalen Formen der heutigen demokratisch-parlamentarischen Willensbildung", die nicht von staatlichen, sondern von gesellschaftlichen Kräften, den Parteien und Verbänden, getragen werde, "gewährleistet" werden könnten. Sondern er stellt die entscheidende Frage:

> "Sind gesellschaftliche Kräfte überhaupt befähigt, echt soziale Entscheidungen zu treffen"? (207)

In seiner Antwort greift Forsthoff zunächst auf Lorenz von Stein zurück. Bei ihm finde sich die Erkenntnis, daß eine solche Aufgabe nur ein Staat bewältigen könne, der "nicht bloßer Exponent gesellschaftlicher Kräfte ist, sondern über diesen Kräften steht". Stein habe diesen "übergesellschaftlichen Rang des Staates" in dem "allen gesellschaftlichen Qualifikationen und Bindungen entrückten Monarchen" gesehen und habe damit die Monarchie "in der Konzeption des monarchischen Sozialstaats" gerechtfertigt (208).

Auch die Weimarer Verfassung, in der nach dem Ende der Monarchie das Staatliche aus dem Volk und den gesellschaftlichen Kräften entwickelt werden mußte, habe noch Raum für "echte Staatlichkeit ... über dem Ringen gesellschaftlicher Interessen" gelassen. Zwei Institutionen hätten diese Aufgabe erfüllen sollen: der unmittelbar vom Volke gewählte Reichspräsident und das Berufsbeamtentum (209).

Die unmittelbare Volkswahl des Reichspräsidenten habe das Volk "als demokratische Einheit und Ganzheit" ohne Zweifel unmittelbarer als die Parlamentswahl erreicht. Sie sei "substantiell demokratischer" gewesen und habe vor allem "eine neutralisierende Kraft nicht nur gegenüber den Parteien, sondern gegenüber jedem partikularen Interesse" gehabt (210).

Das Berufsbeamtentum "in seiner spezifisch deutschen Ausprägung mit einem auf das Ganze gerichteten Berufsethos, mit fachlicher Vorbildung und lebenslänglicher Anstellung" sei ohnehin "ganz auf die Neutralität" zugeschnitten gewesen (211).

Solche Elemente neutraler Staatlichkeit hätten "in dieser Neutralität mit der Freiheit zu echter Sachentscheidung ihre spezifische Autorität und Würde". Allerdings seien sie nicht in der Lage, "einen Staat allein zu tragen und den gesamten Raum der Staatlichkeit zu erfüllen". Erst

ihr Zusammenspiel mit den gesellschaftlichen Kräften habe die "Umsetzung volklicher und gesellschaftlicher Strebungen in den Staatswillen" bewirkt. Ein so verfaßtes Gemeinwesen hält Forsthoff der sachlichen Entscheidung und der Autorität für fähig. Darum erscheint ihm ein Staat, der auf dem "ständigen Ausgleich der gesellschaftlichen Kräfte mit der neutralen Gewalt" beruht, als der "Prototyp der den deutschen Verhältnissen angemessenen parlamentarischen Demokratie"(212).

Forsthoff beklagt, daß im Gegensatz dazu in den Verfassungen des Bundes und der Länder "das neutrale Element ... stark zurückgedrängt" sei. Das Berufsbeamtentum habe "an verfassungspolitischem Gewicht verloren", die Volkswahl des Präsidenten sei verworfen und der Staat dem Einfluß der Parteien stärker als früher eröffnet worden(213).

Nicht selten werde daher die Gesetzgebung allein von der Macht des Stärkeren, nämlich der Parlamentsmehrheit und nicht mehr von einer Sachentscheidung geprägt. Aber die Autorität des Gesetzgebers, ohne die es keine Autorität des Gesetzes gebe, werde nicht ausreichend dadurch begründet, "daß er die Mehrheit des Parlaments umfaßt". Auch die Mehrheit sei "durch die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte in erheblichem Maße diskreditiert"(214).

Als Grundlage für die Autorität des Gesetzgebers komme heute in erster Linie die "Gewähr für die Sachlichkeit seiner Entscheidungen" in Betracht. Diese sei ohne weiteres gegeben, "wenn an dem Gesetzgebungsverfahren Organe von unterschiedlicher Legitimation beteiligt" seien(215). In der konstitutionellen Monarchie seien das der Monarch selbst, die von ihm legitimierte Regierung und das durch Volkswahl legitimierte Parlament, unter der Weimarer Verfassung der durch Parteienwahl bestellte Reichstag und der unmittelbar vom Volk gewählte Reichspräsident gewesen(216).

Mit der Feststellung, daß "diese Möglichkeiten der Auswägung ... heute nicht mehr zu Gebote" stünden, bricht Forsthoff seinen Gedankengang ab, ohne einen anderen Weg zu weisen.

Aber auch wenn es gelänge, dieses Problem zu lösen, werde man den Sozialstaat wegen seiner "mannigfachen immanenten Gefährdungen aus der Verschränkung von Sozialfunktion und Herrschaft und aus den Methoden, Formen und Institutionen seiner Willensbildung" stets mit einem "gewissen konservativen Schauer" betrachten müssen. Der Konservative könne ihn nur bejahen "mit dem Willen, ihn zu überwinden", "den Menschen wieder einen beherrschten Lebensraum zu geben und damit ihr Dasein staatsunabhängiger zu machen"(217).

Jede solche Maßnahme - wie die Regelung der Wehrdienstbeschädigung, die zunächst die Eingliederung in einen neuen Beruf und erst an letzter Stelle den Rentenanspruch vorsehe - weise "über den Sozialstaat hinaus" und sei "Verwirklichung von Volksordnung"(218).

Die Frage, wie und von wem diese "echte Volksordnung" geschaffen werden könne, beantwortet Forsthoff mit einem Satz:

> "Diese Überwindung - in den durch die Verhältnisse gesetzten Grenzen - wird nur einer Politik gelingen, die mit der reali-

stischen Sicht der Dinge eine konkrete Vorstellung vom Maße des Menschen und menschlicher Ordnung zu verbinden weiß, die sich in einer Zeit der Organisation, des Künstlichen und Manipulierten den Sinn für das Echte, das Heile und Unversehrte bewahrt hat." (219)

Solche Formulierungen sind kaum geeignet, Klarheit über die von Forsthoff auch im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung nur angedeutete Substanz des Staates zu schaffen, die sich "nicht in der Technizität einer rechtsstaatlichen Verfassung" erschöpft.

Hingegen kommen seine Sozialstaatskonzeption und seine Einstellung zur parlamentarischen Demokratie deutlicher als im Referat zum Ausdruck:

Forsthoff erläutert zunächst ausführlich, daß er unter dem Begriff Sozialstaat einen Staat der 'Daseinsvorsorge', der Leistung und Verteilung versteht, und schildert an einer Reihe von Beispielen, wieweit der sozialstaatliche Verteilungsmechanismus reicht. Was über diese Verteilungsfunktion hinausreicht, scheidet er aus dem Begriff des Sozialstaates aus.

Das gilt erstens für alle Maßnahmen, durch die der einzelne vom Staat unabhängiger werden soll. Forsthoff vermag solche Maßnahmen auch nicht - wie Ipsen oder Abendroth - aus der inhaltlichen Bindung des Sozialstaates an das demokratische Selbstbestimmungsdenken zu deuten. Da er die Demokratie nur als Verfahrunsprinzip ohne materiellen Gehalt anerkennt, sieht er in ihnen nicht einen Ausdruck demokratischer Werte, sondern einen Beitrag zur Verwirklichung "echter Volksordnung".

Gleichermaßen bedeutsam ist Forsthoffs zweite These, Macht und Sozialfunktion schlössen einander aus. Zur Begründung gibt Forsthoff einige drastische Beispiele aus der sowjetischen Besatzungszone, bei denen die Teilhabe an sozialstaatlichen Leistungen politisches Wohlverhalten voraussetzt und die Abhängigkeit des einzelnen vom Staat zum Mittel der Beherrschung gemacht wird. Nachdem er diese Gefahr sozialstaatlichen Machtmißbrauchs in der Diktatur aufgezeigt hat, folgert er im unmittelbaren Anschluß daran, man müsse aus dem Begriff des Sozialstaates auch alles ausklammern, was dem Ausgleich der Machtverhältnisse dient.

So dürfe man zum Beispiel das Mitbestimmungsrecht nicht aus dem Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat ableiten.

Damit werden zwei grundverschiedene Tatbestände, Machtmißbrauch und Machtausgleich, miteinander vermengt. Nicht nur das: Forsthoff benutzt die Wirkung der Beispiele totalitären Machtmißbrauchs, um ohne zusätzliche Begründung die These anzuschließen, daß auch der Machtausgleich aus dem Aufgabenkreis eines demokratischen Sozialstaates auszuscheiden sei.

Die Wertung des Mitbestimmungsrechts läßt erneut die gegensätzliche Auffassung vom Wesen der Demokratie innerhalb der Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat erkennen. Wer - wie Ipsen, Bachof oder Abendroth - materielle Werte der Demokratie aner-

kennt und die sozialstaatliche Gestaltung auf diese Werte verpflichtet, wird gerade das Mitbestimmungsrecht als Versuch würdigen, das demokratische Teilhabe- und Selbstbestimmungsdenken über den politischen Bereich hinaus auf die Wirtschaftsordnung auszudehnen. Wer jedoch - wie Forsthoff - die Demokratie ausschließlich als Verfahrensprinzip der Staatswillensbildung begreift, kann diese Inhaltserfüllung des Sozialstaates aus dem Ideengut der Demokratie nicht billigen. Er hat aber die Frage zu beantworten, welche andere Bedeutung er dem gleichzeitigen Bekenntnis der Verfassung zu Demokratie und Sozialstaat beilegt.

Forsthoffs Beschäftigung mit dieser Frage endet mit dem Zweifel, ob der parlamentarischen Demokratie der Gegenwart die Verwirklichung des Sozialstaates überhaupt möglich sei. Der Einfluß auf den sozialstaatlichen Verteilungsmechanismus, argumentiert Forsthoff, liege vornehmlich bei den Parteien und Verbänden, also bei "gesellschaftlichen", nicht bei "staatlichen" Kräften. Da aber gesellschaftliche Kräfte stets Teilinteressen verhaftet seien, sei es fraglich, ob sich aus ihrem Ringen um Anteil an der Staatswillensbildung "echt soziale Entscheidungen" ergeben. Die Macht des Stärkeren - letztlich der parlamentarischen Mehrheit - siege über den Sachverstand.

Mit der Ablehnung der parlamentarischen Demokratie in ihrer gegenwärtigen Form gibt Forsthoff zugleich einen Hinweis auf seine eigenen politischen Vorstellungen. Diese kreisen um den Begriff der "Staatlichkeit". Als deren einziges Kriterium nennt er die Tatsache, daß sie über dem Ringen gesellschaftlicher Interessen stehe, ihnen gegenüber neutral sei und auf Grund dieser Neutralität "echte Sachentscheidungen" treffen könne.

Forsthoff äußert sich nicht näher über das Wesen dieser Staatlichkeit, doch macht er an einigen Beispielen deutlich, wie man in der Vergangenheit zu ihr gelangt sei.

Ganz eindeutig erscheint ihm das, solange die Monarchie bestand: Allen gesellschaftlichen Bindungen entrückt, "verkörperte" der Monarch den übergesellschaftlichen Rang des Staates. Auch nach dem Ende der Monarchie habe die Weimarer Verfassung Wege gefunden, um echte Staatlichkeit zu gewinnen: die unmittelbare Volkswahl des Reichspräsidenten und die Institution des Berufsbeamtentums.

Der Reichspräsident also wird nach seiner Volkswahl zum Wahrer neutraler Staatlichkeit. Beim Beamten setzt dieser Prozeß schon vor dem Empfang der Ernennungsurkunde ein: Er ist nicht nur durch sein auf das Ganze gerichtetes Berufsethos und seine lebenslängliche Anstellung, sondern schon durch seine fachliche - d.h. juristische - Vorbildung "ganz auf die Neutralität hin zugeschnitten".

Man muß aus diesen Ausführungen den Eindruck gewinnen, daß Forsthoff Neutralität und Staatlichkeit geradezu gleichsetzt und der Auffassung ist, das Wesen der Staatlichkeit erschöpfe sich in eben dieser Neutralität.

Indessen führt er an anderer Stelle aus, neutrale Kräfte könnten nicht "den gesamten Raum der Staatlichkeit" ausfüllen. Erst ihr Zusammen-

spiel mit parteipolitischen Kräften ermögliche es, "volkliche und gesellschaftliche Strebungen" durch "wirkliche Sachentscheidungen" in Staatswillen umzusetzen.

Aber selbst gegenüber einem derart "wohlverfaßten" (Sozial-)Staat empfindet Forsthoff einen "gewissen konservativen Schauer" wegen der mannigfachen Gefährdungen aus den Methoden, Formen und Institutionen seiner Willensbildung. Wogegen richtet sich dieses Mißtrauen? Daß es den "neutralen Elementen" gilt, kann man nicht annehmen, nachdem sie Forsthoff vorher so nachhaltig als Wahrer echter Staatlichkeit gepriesen hat. Als verdächtig bleiben dann nur die "parteipolitischen Kräfte" und die Methoden der Willensbildung in der parlamentarischen Demokratie übrig. Die Abneigung Forsthoffs dagegen wird verständlich, wenn man sich die Vorstellung vergegenwärtigt, die er sich vom Gang der parlamentarischen Gesetzgebung macht. "Nicht selten" nehme der Weg eines Gesetzes, schreibt Forsthoff, heute folgenden Verlauf:

> "In der Sitzung einer Parteifraktion, die über die Mehrheit im Parlament verfügt, wird beschlossen, irgendeine Anregung zum Gesetz zu erheben. Der zuständige Minister zitiert zu diesem Zwecke den leitenden Beamten seines Ministeriums zu fachlicher Assistenz in die Sitzung. So entsteht der Entwurf. Dieser wird im Parlament eingebracht. Er geht dort durch die vorgeschriebenen drei Lesungen, in denen eine ernsthafte Diskussion nicht stattfindet, da der opponierenden Minderheit nicht mehr übrig bleibt als eine grundsätzliche, für den Fortgang des Verfahrens bedeutungslose Verwahrung. Das also verabschiedete Gesetz wird mit der amtlichen Verkündung geltendes Recht. Hier kann von einer Sachentscheidung - wenn man von den unkontrollierbaren internen Fraktionsvorgängen absieht, und man muß von ihnen absehen, eben weil sie unkontrollierbar sind - überhaupt nicht mehr die Rede sein. Dem Gesetz hat allein die Macht des Stärkeren zum Siege verholfen" (220).

Schon dem Ansatzpunkt eines solchen Gesetzgebunsverfahrens steht Forsthoff mit deutlicher Skepsis gegenüber. Die Formulierung, "irgendeine Anregung" werde zum Gesetz erhoben, soll wohl die Vorstellung hervorrufen, daß die Gesetzesinitiative der parlamentarischen Parteien auf zufällige Ideen einzelner Abgeordneter und nicht auf sachliche Erwägungen zurückzuführen sei. Sind es doch "gesellschaftliche", also zu sachlicher Entscheidung unfähige Kräfte, die in der Sitzung einer Parteifraktion vertreten sind.

Auch auf der nächsten Wegstrecke, die der eilig zusammengezimmerte Gesetzesentwurf nun zurücklegt, schaltet Forsthoff jede Chance zu sachlicher Erörterung aus. Da die Entscheidung schon in der Fraktionssitzung der Regierungspartei gefallen ist, werden die drei Lesungen im Parlament nur eingehalten, um einer vorgeschriebenen Form zu genügen. Die Beratung in den Parlamentsausschüssen nimmt Forsthoff gar nicht zur Kenntnis.

Die Frage erhebt sich, welchem Zweck eine solche vereinfachende und verzerrende Darstellung dienen soll. Im allgemeinen findet sie sich nur in anspruchslosen Kritiken, die von Gegnern der parlamentarischen Demokratie und der Methoden ihrer Willensbildung vorgebracht werden.

Stehen also Forsthoffs Ausführungen, wie er das für eine frühere Schrift(221) offen bekannt hatte, nicht im Dienste des "Erkennens, sondern der politischen Aktion" und beschränkt er sich - wie damals - "auf die Herausstellung der wesentlichen Kampfpositionen"?(222) Auch dann könnte "die Frage, ob damit bewußt das Feld der Willkür betreten wird", nicht, wie Forsthoff in seiner früheren Schrift forderte, "bewußt unerörtert bleiben"(223).

Aber darüber hinaus kann auch Forsthoff selbst für den Vortrag über "Verfassungsprobleme des Sozialstaates" eine solche Forderung nicht erheben. Betont er doch gleich am Anfang, daß er als Jurist zu seinen Zuhörern spreche(224).

Daraus ergibt sich ein neues Problem. Wenn Forsthoff nämlich eine derart einseitige politische Kritik als juristische Erörterung ausgibt, muß auch die andere Frage geprüft werden: Beruhen auch seine Darlegungen über Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates auf der 12. Staatsrechtslehrertagung letztlich auf einer bestimmten politischen Grundeinstellung - der Skepsis gegenüber der parlamentarischen Demokratie?

Diese politische Grundeinstellung aufzudecken war in den bisher analysierten Nachkriegsbeiträgen Forsthoffs zur Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat nicht möglich. Außer der deutlich bekundeten Ablehnung der Willensbildungsprinzipien in der parlamentarischen Demokratie gab Forsthoff nur andeutungsweise Einblick in seine eigenen politischen Vorstellungen: einmal durch die Forderung, echte, zu sachlicher Entscheidung fähige "Staatlichkeit" müsse neutral sein, zum anderen durch den Hinweis auf die möglichen Träger einer solchen staatlichen Autorität.

Näheren Aufschluß über das Wesen dieser Staatlichkeit, um die sich Forsthoffs politisches Denken bewegt, geben Ausführungen, die er im Jahre 1955 auf der Jahreshauptversammlung der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer gemacht hat(225).

IV. Ausführungen über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat in anderen Nachkriegsschriften Forsthoffs.

In diesem Vortrag, der - wie Forsthoffs andere Beiträge - vom Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat handelt, taucht auf 14 Seiten der Begriff "Staatlichkeit" nicht weniger als zwanzigmal auf. Allerdings schwankt die Bedeutung, in der Forsthoff dieses Wort gebraucht.

Zunächst erscheinen ihm Gestalt, Umfang und Intensität der Staatlichkeit von den Aufgaben abhängig, die der Staat bewältigen muß(226). Der Begriff wird hier offenbar im Sinne von "Staatstätigkeit" ohne Werturteil verwendet. Doch bald beginnt Forsthoff, zwischen erwünschter, notwendiger und unerwünschter, überflüssiger Staatlichkeit zu unterscheiden.

Er warnt davor, die finanziellen Ansprüche eines Staates gegenüber seinen Bürgern als Maßstab für die Intensität der Staatlichkeit zu nehmen: Bei bescheidenem finanziellen Aufwand sei der monarchische Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts ein starker Staat gewesen; die Weimarer Republik hingegen habe sich trotz vielfach höherer Einnahmen schließlich als schwacher Staat erwiesen.

> "Staat und Staat", resümiert Forsthoff, "bedeuten, wie Sie sehen, nicht immer das gleiche. Es gibt eine Staatlichkeit, die man aus keinem Staatshaushalt, aus keiner Verfassung, keinem Gesetz, keiner Regierungsanordnung entnehmen kann"(227).

Habe es schon der Weimarer Republik an dieser Staatlichkeit gefehlt, so mache sich heute ein noch stärkerer Mangel bemerkbar. Forsthoff führt ihn darauf zurück, daß der Bürger der Bundesrepublik in eklatanter Weise "die Staatsgesinnung in dem hohen Sinne einer verantwortlichen Teilhabe am Staat als der Form unserer geschichtlichen und politischen Existenz" vermissen lasse. Besonders charakteristisch sei dafür die Erörterung über die Wehrpflicht gewesen. Sie habe "zu einem guten Teil alle Merkmale eines in die Öffentlichkeit hineinprojizierten privaten Beliebens" gezeigt(228).

Meint Forsthoff also, es sei noch nicht gelungen, den demokratischen Grundgedanken selbstverantwortlicher Teilhabe des einzelnen an "seinem" Staat genügend wirksam zu machen? Bleibt die Aufgabe der "Integration", der "Zusammenfassung der verschiedenen gesellschaftlichen Kräfte zu einer von allen nicht nur anerkannten, sondern auch getragenen, freiwillig verantworteten Einheit"(229) noch zu lösen? Hat sich die Bundesrepublik zwar als Rechtsstaat und Sozialstaat, nicht aber als lebendige Demokratie bewährt?

Solche Erwägungen vermag Forsthoff nicht anzustellen. Bedeutet ihm doch die Demokratie lediglich ein Verfahrensprinzip der Staatswillensbildung ohne jeglichen eigenen Gehalt(230). Vielmehr sieht er für die "pluralistische Auflösung des Staates" einen anderen Grund:

> "Der Staat hat den Raum einer objektiven geistigen Staatlichkeit verloren oder - wenn es Sie nicht schockiert, möchte ich mit Hegel sagen - der Staat hat aufgehört, objektiver Geist zu sein"(231).

Dieses "entschiedene Zuwenig" an notwendiger "echter" Staatlichkeit hält Forsthoff für außerordentlich bedeutsam. Einerseits werde erst durch die Entwicklung zum Sozialstaat der Verfall der Staatsgesinnung hervorgerufen: Die sozialen Aufgaben hätten das ganze Staatswesen in den "Niederungen der alltäglichen Vorsorge für die Lebenssicherung" festgehalten, raubten ihm "seine werbende Kraft" und sprächen "das Ethos kaum an"(232).

Andererseits mache es aber der Mangel an Staatsgesinnung dem modernen Staat unmöglich, seine Verteilerfunktion als Sozialstaat gerecht zu erfüllen. Denn nicht die Macht des Interesses dürfe "für diese Verteilung maßgebend sein, sondern die gerechte Abwägung der Interessen"(233). Überlasse man diese Aufgabe den - gesellschaftlichen Partikularinteressen verhafteten - Kräften der politischen Parteien und

der Verbände, so könne man "nicht zu einer Ordnung, sondern allenfalls zu einem Mechanismus des Proporz gelangen, zu einem System der Verhältnismäßigkeit, die sich nach den Zufälligkeiten der augenblicklichen Machtgruppierung richtet". Denn diese gesellschaftlichen Kräfte seien der Staatsgesinnung nicht fähig, aus der heraus allein die einzelnen Interessen gerecht gegeneinander abgewogen werden könnten (234).

Forsthoff meint, dieses Dilemma könne auch nicht dadurch überwunden werden, daß der Sozialstaat andererseits ein Zuviel an Staatlichkeit entfalte. Denn in diesem zweiten Sinne bedeutet ihm dieser Begriff etwas ganz anderes. Die Intensivierung der Staatlichkeit, "die dem Sozialstaat notwendig eignet", erscheint ihm als der Versuch, die pluralistische Auflösung des Staates durch ständige Ausweitung der Staatstätigkeit zu überdecken.

Soweit sich der Sozialstaat dabei in seiner Eigenschaft als Steuerstaat auf die Verlagerung des Sozialprodukts beschränkt, will Forsthoff das als notwendiges soziales Ventil hinnehmen. Er hält die Auffassung, der Steuerstaat stelle den Fall des übertriebenen Staates dar, für töricht und gefährlich: Nur so könne nämlich der Rechtsstaat "gegen den Druck der sozialen Mächte" gehalten werden (235).

Dabei bedeutet ihm der Rechtsstaat - wie schon im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung - "notwendigerweise die verfassungsmäßige Gewährleistung des ökonomischen und gesellschaftlichen status quo und damit auch den Ausschluß einer Beseitigung der bestehenden Güterverteilungsordnung und ihre Ersetzung durch eine neue" (236). Wenn der Sozialstaat allerdings diese entscheidenden Garantien des Rechtsstaates antaste, dann überschreite er mit seiner - in gewissem Umfang zwangsläufigen - erweiterten Staatlichkeit "diese gebotenen Grenzen" (237). Vor der Gefahr einer solchen "Intensivierung einer unnötigen Staatlichkeit" will Forsthoff eindringlich warnen. Er führt sie auf zwei Ursachen zurück: auf den "Drang nach Gleichheit" und auf den "Perfektionsdrang des Fachmannes in den staatlichen Funktionen" (238).

Das Egalitätsstreben der modernen Massendemokratie habe sich verhängnisvoll auszuwirken begonnen, seitdem der monarchische Rechtsstaat und die Autonomie der bürgerlichen Gesellschaft weggefallen seien und seitdem sich "die Gesellschaft ... des Staates in der Form der Parteien und Verbände" bemächtigt habe (239). Im monarchischen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, der auf der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft beruhte, habe in der Gesellschaft das Prinzip der natürlichen Ungleichheit vorgewaltet, im Staat das Prinzip der staatsbürgerlichen Gleichheit geherrscht (239a). Dabei beschäftigt sich Forsthoff weder mit der Frage, was dazu berechtige, die sozialen Ungleichheiten in der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts als "natürlich" zu bezeichnen, noch prüft er, wie sich etwa das preußische Dreiklassenwahlrecht mit seiner These von der staatsbürgerlichen Gleichheit im monarchischen Rechtsstaat vereinbaren lasse.

Vielmehr meint er, erst seit der Verschränkung von Staat und Gesellschaft nach dem Wegfall der Monarchie habe sich folgendes Dilemma ergeben: Bemächtige sich die natürliche gesellschaftliche Ungleichheit

des Staates, dann werde die staatsbürgerliche Gleichheit aufgehoben, und der Staat werde zum Privilegienstaat. Wolle man dagegen den Gedanken der politischen Gleichheit auf die Gesellschaft ausdehnen, so bringe das den extremen Sozialstaat hervor, den Staat, "in dem alle gleich arm oder alle gleich reich sind"(240). Mit der Ausweitung der politischen Gleichheit zur umfassenden Gleichheit der Güterverteilung werde "der Staat ins Extrem gesteigert".

In diesen Darlegungen Forsthoffs deutet sich schon ein Grund für seine Ablehnung der parlamentarischen Demokratie und für die Weigerung an, dem Demokratiebegriff materiale Gehalte - wie den Gedanken gleichberechtigter Selbstbestimmung - zuzuerkennen. Denn nach Forsthoffs Ansicht müßte die Durchsetzung solcher demokratischer Werte letztlich zu völliger Gleichmacherei führen.

Sein Mißtrauen gegenüber dieser Staatsform wird aber noch aus einem weiteren Grunde verstärkt: Die demokratische Gleichmacherei respektiert nicht einmal den Juristen als einzig berufenen Träger der staatlichen Verwaltungsaufgaben. Sondern sie eröffnet deren Funktionen Fachleuten, denen das Rechtswissen "und aus diesem Rechtswissen folgend eine gewisse Unparteilichkeit, ein Sinn für Sachlichkeit, für Ordnung, für geordnetes Verfahren, für das audiatur et altera pars" zwangsläufig fehlen müßten(241).

Im "Perfektionsdrang des Fachmannes", der den Juristen verdrängt, sieht Forsthoff daher die zweite Ursache für die Aufblähung einer unnötigen Staatlichkeit.

Eine besonders verdächtige Gruppe bilden dabei die Politologen. Während nämlich der Jurist kein spezifisches Fachwissen habe, also nirgendwo Fachmann sei und doch allen Zweigen der Verwaltung gewachsen sein müsse(242), hegt Forsthoff gegenüber den "in den westlichen Staaten so heftig propagierten political sciences" einen häßlichen Verdacht. Es scheint ihm, als bildeten diese "ein gewisses Gegenstück" zu den "Gesellschaftswissenschaften", mit denen in der Sowjetunion und in der sowjetisch besetzten Zone "ein neues Fachwissen entwickelt wird, das den Verwaltungsmann zum Fachmann im Sinne eines solchen engagierten Fachwissens machen soll"(243).

Auch die political sciences, meint Forsthoff, setzten sich das Ziel, ein bestimmtes engagiertes Fachwissen hervorzubringen:

> "Das wäre dann in der Tat eine interessante und fatale Parallelität"(244).

Umso heller strahlt dafür der Ruhm der Juristen. Sie haben den modernen Flächenstaat geschaffen und auf seinem Wege begleitet. Er ist ein Staat, dessen Sinn "zu allen Zeiten kein anderer als der gewesen" ist, "die menschenwürdige Existenz der Staatsgenossen zu sichern." Erst seitdem die Juristen durch das Eindringen perfektionswütiger Fachleute an der Erfüllung dieser hohen Aufgabe gehindert seien, werde "ein anderer Staat mit anderen Zielen" heraufgeführt(245).

Diesen Zielen - letzten Endes nämlich der Verwirklichung demokratischer Gleichheits- und Gleichberechtigungsforderungen - steht Forst-

hoff mit dem gleichen Mißtrauen gegenüber wie den Methoden der Willensbildung, mit denen sie erreicht werden sollen.

Baut sich Forsthoff für diesen Staat, dem man nicht trauen kann, eine besondere Rechtsstaatstheorie zusammen? Führt ihn seine politische Skepsis gegenüber der heutigen parlamentarischen Demokratie dazu, strengere rechtsstaatliche Schranken und Maßstäbe zu fordern, als er sie gegenüber solchen Staaten für notwendig hält, die von "objektiver Geistigkeit" durchdrungen sind?

Müßte man diese Frage bejahen, so ergäbe sich folgende Konsequenz: Forsthoffs Grundthese, die Garantie des gesellschaftlichen und ökonomischen status quo, insbesondere der bestehenden Güterverteilung, gehöre zum unwandelbaren Kernbestand des Rechtsstaates, erwiese sich als irreführend, wenn er sie gegenüber anderen politischen Systemen als der gegenwärtigen parlamentarischen Demokratie, soweit solche Staaten überhaupt Rechtsstaat sein wollten, nicht vertreten hätte. Seine Auffassung vom Vorrang der rechtsstaatlichen Gewährleistungen vor dem Sozialstaat beruhte dann nicht auf juristischen Erwägungen. Sie enthüllte sich als das Ergebnis seiner jeweiligen politischen Einstellung zu dem Herrschaftssystem, auf das sie angewendet werden soll.

In Forsthoffs neueren Schriften findet sich zunächst nur eine einzige Bemerkung, auf die sich diese Annahme stützen läßt. Forsthoff schildert(246) die Entwicklung, in deren Verlauf immer größere Volksschichten der Hilfe des Sozialstaates bedürften. 1945 sei der Staat angesichts des Massenelends noch einmal in radikaler Weise vor diese Aufgabe gestellt worden. Theoretisch hätten damals die beiden Möglichkeiten bestanden, "entweder die Güterverteilung aufzuheben und die Güter neu zu verteilen oder durch Erbringung von Staatsleistungen die notwendige Hilfe an die Schichten, die ihrer bedürftig waren, zu leisten"(247).

"Gott sei Dank", meint Forsthoff, sei es 1945 nicht zu einer Neuverteilung der Güter gekommen. Man glaubt aus seinen Ausführungen über die unwandelbar gültige status-quo-Garantie des Rechtsstaates zu wissen, warum er einem solchen umgestaltenden Eingriff nicht zustimmen kann. Doch er begründet seine Ablehnung nicht aus der Verteidigung eines Rechtsstaatsideals, sondern mit dem Hinweis, daß es damals an der erforderlichen staatlichen Autorität gefehlt habe:

> "Denn nur ein starker Staat wäre zu einem solchen radikalen Eingriff befähigt gewesen"(248).

Nun hat Forsthoff mit hinreichender Deutlichkeit dargelegt, welches konkrete politische System er als schwachen Staat betrachtet. Die parlamentarische Demokratie der Gegenwart ist schwach, weil sie nicht fähig ist, staatliche Autorität hervorzubringen. Seine Auffassung über das Wesen des starken Staates kam hingegen nur theoretisch zum Ausdruck: Der starke Staat besitzt "Staatlichkeit im Sinne des objektiven Geistes"(249).

Aber dieser Staat als "objektiver Geist" kann Forsthoff nicht nur theoretisches Ideal sein. Beklagt er doch in seiner Kritik an der heutigen parlamentarischen Demokratie, daß der Staat "den Raum einer objektiven Geistigkeit v e r l o r e n" und daß er "a u f g e h ö r t" habe, "objek-

tiver Geist zu sein" (250). Wann war ihm also der Staat in seiner konkreten Ausprägung ein starker, zur Autorität fähiger Staat?

Die Antwort läßt sich in den Schriften Forsthoffs finden. Er hat seine Auffassungen über Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaat unter verschiedenen Staatsformen dargestellt: Seine ersten Schriften erschienen in der Endphase der Weimarer Republik. Eine Reihe von Arbeiten fällt in die Nazizeit. Bald nach 1945 veröffentlichte er Beiträge zum gleichen Thema, und auch seit der Gründung der Bundesrepublik hat er sich vielfach dazu geäußert.

Forsthoff legt selbst Wert darauf, die Kontinuität seiner Ansichten über den Wandel der Zeiten hinweg hervorzuheben. In der ersten Auflage seines Lehrbuches des Verwaltungsrechts aus dem Jahre 1950, in der auch das Verhältnis von Rechtsstaat und Güterordnung und die Entwicklung zum Sozialstaat behandelt werden, findet sich folgende Stelle:

> "Der Plan des vorliegenden Bandes und die wesentlichen Grundgedanken, nach denen er ausgeführt werden sollte, lagen bereits vor Kriegsausbruch fest, ausgehend von meiner Skizze 'Die Verwaltung als Leistungsträger' (1938), in der ich versucht hatte, die Kluft zwischen der überkommenen Systematik des Verwaltungsrechts und der Wirklichkeit zu schließen. Nahezu die Hälfte des Buches wurde während des Krieges geschrieben. Nach der Kapitulation stellte es sich bald heraus, daß an der Gesamtkonzeption nichts geändert zu werden brauchte. Die Notwendigkeiten und die Fragestellungen, wie sie sich bei einer realistischen und nicht ideologischen Betrachtung ergeben, waren die gleichen geblieben" (251).

Forsthoff will nicht nur auf verwaltungsrechtliche Einzelheiten, sondern allgemein auf seine damaligen Ausführungen über Freiheit und Teilhabe verweisen, also über die "Kardinalbegriffe, die heute das Verhältnis des einzelnen zum Staate bestimmen" (252).

Andere Arbeiten aus früherer Zeit, die sich mit dem hier zu behandelnden Thema beschäftigen, hat Forsthoff nach 1945 zwar nicht mehr erwähnt. Er hat jedoch auch nicht erkennen lassen, daß er die darin geäußerten Auffassungen nicht mehr aufrechterhalten wolle.

Es ist zunächst aufzuzeigen, wie sich Forsthoffs rechtsstaatliche Forderungen, seine Auffassung über das Verhältnis von Rechtsstaat und Sozialstaat und seine Sozialstaatskonzeption im Einklang mit dem Wandel der politischen Systeme geändert haben. Die Ursache dieses Zusammentreffens wird dann im letzten Teil der Arbeit untersucht: Gerade aus der Konsistenz der politischen Grundeinstellung Forsthoffs sollen die Schwankungen seiner juristischen Argumentation und schließlich seine Position in der Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat erklärt werden.

2. Teil:

DIE SCHWANKUNGEN DER RECHTS- UND SOZIALSTAATSTHEORIE FORSTHOFFS IM WANDEL DER POLITISCHEN SYSTEME

I. Forsthoffs Rechtsstaatstheorie

In den Beiträgen zur Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat gründet Forsthoff seine Einstellung auf folgende Rechtsstaatstheorie:

Der Rechtsstaat sei über den Wandel der sozialen Verhältnisse hinweg nur dadurch zu erhalten, daß seine formalen Strukturelemente zum Eigenwert erhoben würden und der Rechtsstaat auf diese formalen Bestandteile beschränkt werde. Damit sei zugleich sein Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit festgelegt: Aus der Eigenart seiner Formen, Begriffe und Institute - insbesondere aus dem Charakter des rechtsstaatlichen Gesetzes als genereller Norm - ergebe sich zwangsläufig, daß der Rechtsstaat eine gewährleistende Ordnung sei. Die Gewährleistung des ökonomischen und sozialen status quo bilde daher den Kern einer rechtsstaatlichen Verfassung. Werde diese Grenze nicht beachtet, so seien die politischen und sozialen Auswirkungen verheerend.

Gegenüber diesen Ansichten ergeben Forsthoffs Ausführungen über Wesen und Wert des Rechtsstaates in früheren Schriften ein erheblich anderes Bild.

1. Die Arbeiten am Ende der Weimarer Republik

Forsthoffs erste Arbeiten enthalten nur knappe Hinweise, die seine Auffassung vom Rechtsstaat erkennen lassen.

Scharf wendet er sich zunächst gegen die "doktrinaristische Methode, die unter Mißachtung aller gegebenen Abhängigkeiten und Bedingtheiten einer wertenden Betrachtung anheimgefallen ist und einen 'Eigenwert' der politischen Methoden, Begriffe und Institutionen feststellen zu können glaubt. ... Denn nur ein Staat, der seine Institutionen unter dauernder Kontrolle hat, ob sie den Ansprüchen der Wirklichkeit genügen, ist politisch und nicht ideologisch orientiert"(253).

Forsthoff spürt solche "ideologische" Motive zwar nicht in der verfassungsrechtlichen Verbürgung, wohl aber in der Auslegung rechtsstaatlicher Normen auf, wie sie sich in der Weimarer Republik herausgebildet habe. Die Weimarer Nationalversammlung, meint er 1932(254), sei grundsätzlich gewillt gewesen, eine demokratische Verfassung zu schaffen. Aber sie habe nicht beabsichtigt, die demokratischen Prinzipien uneingeschränkt zu verwirklichen. In ihr habe sich vielmehr "noch genügend liberales Gedankengut lebendig" erhalten, um "die Sicherung der individuellen Freiheit nicht zu vergessen"(255). Forsthoff äußert sich nicht ausdrücklich darüber, ob er dieses Bestreben der Weimarer Verfassungsschöpfer billigen will. Der Art seiner Formulie-

rungen kann jedoch entnommen werden, daß er

a) die verfassungsrechtliche Verankerung eines individuellen Freiheitsbereiches als Gegengewicht gegen die demokratische Vorstellung von der Souveränität des Parlaments anerkennt und
b) die Grundrechte als charakteristischen Ausdruck liberalen rechtsstaatlichen Denkens deutet.

Wesentlich skeptischer als diesen Bemühungen der Weimarer Nationalversammlung, die Demokratie rechtsstaatlich einzugrenzen, steht er jedoch der extensiven Auslegung der Grundrechte durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung gegenüber:

> "Inwieweit allerdings an dieser Aktivierung der Grundrechte, wie sie in dem Schrifttum und der Judikatur der Gerichte, vor allem des Reichsgerichts hervortritt, ein lebendiges liberal-freiheitliches Bewußtsein beteiligt ist, mag fraglich erscheinen. Vieles spricht dafür, daß man nicht zuletzt aus einem Interesse an der Aufrechterhaltung des status quo auf die Grundrechte zurückgreift" (256).

Hier deutet sich die Auffassung an, derjenige, der den status quo durch übermäßige Inanspruchnahme der Grundrechtsverbürgungen aufrechterhalten wolle, vertrete nicht eine rechtsstaatliche Grundforderung. Er bediene sich der liberal-freiheitlichen Begründung lediglich zur Verhüllung konkreter Interessen.

In einer anderen Veröffentlichung (257) hält es Forsthoff für wenig sinnvoll, solche Motive zu untersuchen. Er wendet sich statt dessen den Wirkungen zu, die sich aus dem Wandel in der Bewertung der Grundrechte ergeben. Diese hätten in der staatsrechtlichen Diskussion immer mehr an Bedeutung gewonnen. Insbesondere "der Art. 109 RV., der die Gleichheit vor dem Gesetz statuiert, der die wohlerworbenen Rechte der Beamten garantierende Art. 129 RV. und die Eigentumsgarantie des Art. 153 RV." hätten eine Ausdehnung erfahren, "die in dem Ergebnis auf eine außerordentlich starke Bindung des Staates hinausläuft" (258).

Die Rechtsprechung habe sich gegenüber der neuen Grundrechtsinterpretation "sehr aufgeschlossen" gezeigt und sei "in entscheidenden Punkten über die von wissenschaftlicher Seite gegebene ausdehnende Interpretation noch hinausgegangen" (259).

Als Auswirkung der Grundrechtsjudikatur des Reichsgerichts - vor allem seiner Auslegung der Eigentumsgarantie - erkennt Forsthoff nicht nur eine weitgehende Bindung, sondern geradezu eine "Entmachtung des Staates". Darin zeige sich eine Haltung, die "die absolute Überwertigkeit des Staates gegenüber dem Individuum nicht mehr anerkennt, die den ethischen Anspruch des Staates auf Macht über die Glieder des Staatsvolkes in einem bisher nicht gekannten Grade negiert" (260).

Theoretisch, schreibt Forsthoff weiter, stellten die Grundrechte nur eine funktionale Schranke der Staatsgewalt dar: Sie könnten nach der Konstruktion der Weimarer Reichsverfassung sowohl auf dem Wege der

Verfassungsänderung beseitigt als auch im Einzelfall durchbrochen werden. Es sei jedoch "ein sehr schlimmer und wirklichkeitsferner Formalismus" zu glauben, der Staat könne der extensiven Grundrechtsinterpretation durch eine Verfassungsänderung entgegentreten. Auf Grund der Zusammensetzung des Reichstages und der Länderparlamente könnten die für eine solche Verfassungsänderung erforderlichen Mehrheiten nicht erreicht werden. Daß infolgedessen die Grundrechte "praktisch einer substanziellen Reduzierung der Staatsgewalt" gleichkämen, hält Forsthoff für das "Entscheidende und Bedenkliche"(261). Denn sie verliehen demjenigen, der sich erfolgreich auf sie zu berufen verstehe, "eine unerschütterliche Position" und ließen "dem Staat nur die Wahl, entweder vor dem Privatinteresse zu kapitulieren oder, was um nichts besser ist, sich im Wege der vertraglichen Verständigung mit ihm auseinanderzusetzen"(262).

Forsthoff bringt klar zum Ausdruck, was er konkret mit dem Hinweis auf solche Konflikte meint. Man könne "die Wesensart des heutigen Staates" nur erfassen, heißt es an anderer Stelle, wenn man den "eminent politischen Charakter der Auseinandersetzung zwischen dem privaten Unternehmertum und der öffentlichen Hand" um die Eigentumsordnung erkenne(263).

Was Forsthoff heute als Kern seiner Rechtsstaatskonzeption bezeichnet, stand also damals bei der Betrachtung der Weimarer Reichsverfassung im Mittelpunkt seiner Kritik: Die substantielle Beschränkung der Staatsgewalt durch ausgedehnte Inanspruchnahme der Grundrechte erscheint ihm "entscheidend und bedenklich", weil sie den status quo der Güterverteilung für den Staat unangreifbar macht. Denn gerade die extensive Auslegung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie bringt Auswirkungen hervor, die Forsthoffs Staatsauffassung widersprechen: Der Staat verliert die Position eines "den sozialen Gruppen übergeordneten, sie beherrschenden und ihren Wirkungskreis umgrenzenden Hoheitsverbandes"; er wird zum bloßen "Regulativ der sozialen Gruppenbeziehungen" degradiert(264).

Offen bleibt allerdings, ob Forsthoff den Versuch, unter Berufung auf die Eigentumsgarantie den ökonomischen status quo zu konservieren, als Wesensbestandteil des Rechtsstaates oder nur als Mißbrauch an sich berechtigter rechtsstaatlicher Prinzipien betrachtet. Die Frage läßt sich daher zunächst nicht beantworten, ob er den Rechtsstaat als Ganzes ablehnen oder nur zum Ausdruck bringen will, daß die Garantie einer gegebenen Güterverteilungsordnung nicht zu den rechtsstaatlichen Forderungen zu rechnen sei.

Eine allgemeine Skepsis gegenüber den Zukunftsaussichten des politischen Systems der Weimarer Republik tritt freilich in anderem Zusammenhang zutage. Die "mit der Französischen Revolution einsetzende, zunächst zum Konstitutionalismus, dann zur Demokratie und zum Parlamentarismus tendierende Bewegung", führt Forsthoff aus, sei "mit der Weimarer Verfassung zum Abschluß gelangt". Eine "ähnliche, in die Zukunft weisende Bewegung" ist ihm 1932 "nicht erkennbar"(265).

2. Forsthoffs Kritik am Rechtsstaat aus der Sicht des totalen Staates

Schon im nächsten Jahre hat Forsthoff diesen Pessismismus überwunden. Nach einem "vierzehnjährigen beispiellosen Leidensweg" habe sich das deutsche Volk nun "entdeckt" und zu sich selbst zurückgefunden (266). Für Forsthoff besteht kein Zweifel über die Aufgabe, die es nach dieser 'völkischen Erneuerung' zu lösen gelte: Die "Totalität des Politischen muß in dem totalen Staat ihre Form finden". Alle Versuche, dem Staat dieses neugewonnene Recht zu bestreiten, bedeuten ihm "eine Sabotage der nationalsozialistischen Revolution", die es "mit aller Schonungslosigkeit auszurotten" gelte (267).

Schonungslos rechnet Forsthoff jetzt mit dem Rechtsstaat der Vergangenheit ab. Erscheint es ihm schon als "Anmaßung", die Bezeichnung 'Rechtsstaat' für den Staat jener Epoche in Anspruch zu nehmen, "die mit der französischen Revolution begann und in der totalen Mobilmachung vom August 1914 ihr Ende fand", so gilt seine besondere Verachtung der nachfolgenden Zeit: Der Staat von Weimar müsse als "Verfallsform des bürgerlichen Rechtsstaats" betrachtet werden (268).

Im liberalen Rechtsstaatsdenken des 19. Jahrhunderts, kritisiert Forsthoff, rechtfertigte sich der Staat "aus dem sog. status negativus (individuellen Freiheitsbereich) des Staatsbürgers" als eine "Versicherung auf größtmögliche Ungestörtheit in der privaten Existenz, die man Freiheit nannte". Darin drücke sich eine politische Haltung aus, "die kein eigentliches Gemeinschaftsbewußtsein kennt, die keine Beziehung zu Volk und Volkstum, zu Ehre, Würde und Tradition hat" (269).

Allerdings sei der reine Rechtsstaat als "Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde" auch in den Zeiten ausgeprägten rechtsstaatlichen Denkens nur "Wunschbild einiger Gelehrter" geblieben (270). Das liberale Streben nach Entpolitisierung habe nämlich im 19. Jahrhundert sein Gegengewicht in der "politischen Inpflichtnahme des deutschen Volkes durch die allgemeine Dienstpflicht, dem Übergang vom Söldnerheer zum Volksheer gehabt". In ihr sei dem einzelnen die notwendige Gelegenheit zum Einsatz gegeben worden und habe sich zugleich der "militant-nationale Charakter jeder wahren Demokratie" offenbart, "die damit in ihrer ungebrochenen Form denkbar weit entfernt ist von jeder liberalen, humanitären und pazifistischen Verweichlichung" (271).

Während also die humanitären Verirrungen des liberalen Rechtsstaatsdenkens in der politischen Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts korrigiert worden seien, will Forsthoff ganz allgemein festhalten, daß der "auf Normierung und berechenbarer Vollziehung basierende" Staat außerstande sei, "sachliche Entscheidungen wie wahr - unwahr, gerecht - ungerecht, gut - böse, sittlich - unsittlich zu vollziehen". Ihm fehle die Substanz, "aus der heraus solche Entscheidungen nur getroffen werden können" (272). Daher erscheint es Forsthoff als "grobe Täuschung", wenn ein solcher Staat "für sich mit besonderer Betonung in Anspruch nimmt, ein Staat des Rechts zu sein, sich damit über die anderen Staaten, die 'Diktaturen', die 'Obrigkeitsstaaten', die 'Macht- und Gewaltstaaten' zu erheben und sich ihnen gegenüber einen ethisch-politischen Mehrwert zu sichern" (273).

Diese Anmaßung sei umso größer, als die liberale Bewegung auf eine schmale Schicht des Volkes beschränkt geblieben sei, die sich "hinter den Privilegien des Besitzes und der Bildung verschanzte"(274).

Immerhin, räumt Forsthoff ein, hatte die Rechtsstaatskonzeption vom Standpunkt des Bürgertums im 19. Jahrhundert noch ihre Berechtigung. Solange nämlich der König und mit ihm auch die Armee und das Beamtentum "dem gesellschaftlichen Leben entrückt" gewesen seien, solange habe sich das Bürgertum vom monarchischen Willen emanzipieren können, indem es sich "gegen den Staat abgrenzte, sich auf Freiheiten und Eigengesetzlichkeiten berief". Mit dem Ende der Monarchie habe daher "diese Form von Staat jeden Sinn verloren"(275).

Die Weimarer Republik sei hingegen aus der Gedankenwelt des 19. Jahrhunderts entstanden: In die Weimarer Verfassung seien "die Grundrechte in ihrem überkommenen Gehalt"(276) aufgenommen worden. Erst jetzt aber hätten sich die verheerenden Auswirkungen liberal-rechtsstaatlichen Denkens voll entfalten können. Solange nämlich die Monarchie bestand, habe deren Autorität ein Gegengewicht gegen die rechtsstaatliche Entpolitisierung gebildet.

In der Weimarer Republik, schreibt Forsthoff, "verfiel der Staat einer Entartung, die in dem Leerlauf eines rein formalen Legalitätssystems ihren deutlichsten Ausdruck fand"(277).

Die Rechtssetzung wie der Staat überhaupt seien formalisiert worden und mußten damit "jede wesensmäßige Beziehung ... zu materialen Prinzipien des Rechtes und der Gerechtigkeit oder zu unerschütterlichen Ordnungen" verlieren(278). Die Weimarer Verfassung, die "Demokratie ohne Volk, die liberale Ordnung mit vielfach antiquierten Freiheiten", bedeutet Forsthoff den "Versuch zum Staat ohne Substanz". Denn sie habe keine Ordnung, sondern lediglich das Verfahren festgelegt, "nach dem jeweilige Parteimehrheiten ihren jeweiligen Parteikoalitionswillen durchsetzen konnten". Allein die Einhaltung dieses Verfahrens und nicht der Inhalt von Gesetzgebungsakten habe deren Legalität begründet. Eben deshalb vermag Forsthoff in diesem Legalitätssystem von Weimar nur "die Verfallsform des bürgerlichen Rechtsstaates" zu sehen(279).

Aber der Leidensweg des deutschen Volkes unter dem System des liberalen Rechtsstaates ging nach Forsthoffs Auffassung gerade infolge dieser Entartung zu Ende. Zunächst habe das Volk nämlich jahrzehntelang den Anspruch seines Staates anerkannt, Rechtsstaat zu sein und sich ethisch-politisch über andere Staatsformen zu erheben. Das Ende brachten erst die "letzte, nackte Ausbeutung" dieses rechtsstaatlichen Anspruchs durch die Legalitätsherrschaft der Parteien und die "Erfahrungen, die anständigen nationalen Volksgenossen in der Verfolgung durch die legale Staatsgewalt zuteil wurden, die das Reich in dem Prozeß gegen Preußen im Oktober 1932 machte, in dem zum letzten Male ein hohles Scheinrecht über die Ehre und Würde des Staates einen traurigen Triumph erzielte". Erst das alles, schließt Forsthoff seine historischen Betrachtungen, "öffnete dem Volke die Augen und ließ es den liberalen Rechtsstaat in der nationalsozialistischen Revolution hinwegfegen"(280).

Forsthoff macht deutlich, daß damit nicht nur die "Entartung" des liberalen Rechtsstaates unter der Weimarer Verfassung "hinweggefegt" worden sei. Ebenso eindeutig und unwiderruflich erscheint ihm die Abwendung von der liberal-rechtsstaatlichen Freiheitsidee. Der Freiheitsbegriff, der dem Geiste von 1789 entstamme und die "Sicherung des Individuums gegen den Zugriff des Staates" bedeute, sei als "Postulat menschheitlichen Denkens" überwunden; denn:

> "Der Irrglaube an die Menschheit als die letztlich allein wesentliche Gemeinschaft gehört unwiderruflich der Geschichte an"(281).

Anders als ein Jahr zuvor stehen Forsthoff die neuen politischen Aufgaben der Zukunft klar vor Augen. Die neue Verfassung muß mehr sein als "ein bloßes Verfassungsgesetz, das im Reichsgesetzblatt verkündet wird". Sie muß geschaffen werden "unter Abwendung von allen Formalisierungen eines das Wesentliche verfehlenden rechtsstaatlichen Denkens, von echten, sachlichen Unterscheidungen aus, auf der Basis der Unterscheidung von Freund und Feind, von volksgemäß und volksfremd, von deutsch und undeutsch"(282).

Das ist keine unverbindliche Theorie. Forsthoff, der seine Schrift bewußt in den Dienst der politischen Aktion stellen will, hält nicht mit Hinweisen darauf zurück, was praktisch zu geschehen habe - oder deutlicher: wer und was 'auszumerzen' sei.

"Ausmerzen" will Forsthoff "in Vollziehung der Unterscheidung von Freund und Feind" zunächst "alle diejenigen ..., die als Artfremde und Feinde nicht länger geduldet werden" können. Er begrüßt die "Säuberungsaktion" des nationalsozialistischen Staates, die seiner Forderung bereits entspreche, als "unwiderruflich und nicht mehr korrigierbar"(283).

Darüber hinaus habe diese "Säuberungsaktion" noch ein zweites Ziel gehabt. Mit dem "Vorgehen gegen den politisch Andersgläubigen" habe sie "der notwendigen Ausrichtung des politischen Lebens auf den neuen Staat" gedient. Der Theorie sei es unmöglich, im Sinne der Freund-Feind-Lehre bloße Meinungsverschiedenheiten von einer Haltung abzugrenzen, "die auf ein Anderssein schließen läßt". Diese Unterscheidung müsse "jeweils im konkreten Falle aus dem politischen Instinkt und dem Bewußtsein der Volkszugehörigkeit vollzogen werden"(284).

Ein solches Beispiel einer Entscheidung aus dem politischen Instinkt gibt Forsthoff für die zukünftige Behandlung der Anhänger des liberalen Rechtsstaatsdenkens. Wo eine solche individualistische Gesinnung im Amt oder in der Öffentlichkeit auftrete, müsse man sie "rücksichtslos ausmerzen":

> "Der individualistische Liberalismus darf in Deutschland nicht mehr das Vorrecht der Publizität genießen. Damit ist eine unauflösbare Bindung der staatlichen Beamten- und Pressepolitik bezeichnet"(285).

Die Absage Forsthoffs gilt also dem ganzen Rechtsstaat. Liberales Freiheitsdenken, grundrechtlicher Schutz gegen staatliche Willkür, individualistische Haltung und rechtsstaatliche Formgarantien - alles soll der "nationalsozialistischen Revolution" geopfert werden. Forsthoff ist sich bewußt, daß nicht alle, die sich wissenschaftlich mit verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Fragen befassen, sich ebenso radikal wie er vom Rechtsstaat lossagen wollen. Ihnen gegenüber hält er es für angebracht, unverhüllt zu drohen:

> "Das bürgerliche Zeitalter wird liquidiert, und es ist die Verheißung einer besseren Zukunft, daß es mit rücksichtsloser Entschlossenheit und dem Mut zu äußerster Konsequenz geschieht. Nur akademische Pedanten werden darüber erschrekken, daß diese Auseinandersetzung summarisch erfolgt und dabei auch an traditionelles Gut Hand angelegt wird, das ihnen teuer ist und das sie aus der Konkursmasse zu retten wünschen. Aus diesen Ermahnungen zur 'Objektivität', zur 'Ehrfurcht vor der Vergangenheit', hinter denen sich vielfach deutlich die Absicht der Sabotage verbirgt, kann sich heute niemand beteiligen, der dem heutigen Erneuerungswillen seine vorwärtsreißende Kraft erhalten möchte, der erkennt, daß es heute darauf ankommt, die letzten Reserven aus dem Volke herauszuholen"(286).

Klarer, als es Forsthoff in diesem begeisterten Bekenntnis zu den Zielen und Methoden des totalitären Staates selbst tut, kann man seine bedingungslose Ablehnung des Rechtsstaates nicht zusammenfassen. Forsthoff äußert sich nach eigenem Eingeständnis in seiner Schrift "Der totale Staat" nicht als erkennender Jurist, sondern als Propagandist der politischen Aktion. Er will nicht die "Mannigfaltigkeit historisch-politischen Geschehens" aufzeigen, sondern die "wesentlichen Kampfpositionen" erfassen und herausstellen.

Ergibt sich die radikale Absage an den Rechtsstaat aus dem kämpferischen Eifer des Politikers? Würde sich der Wissenschaftler Forsthoff dieses summarischen Verfahrens nicht bedienen, würde er Wesen und Wert rechtsstaatlicher Institutionen und Gehalte abgewogener beurteilen? Würde er traditionelles Gut des Rechtsstaates wieder anerkennen, nachdem der berauschende Eindruck der 'völkischen Erneuerung' verflogen war?

Fünf Jahre liegen zwischen dem Erscheinen des politischen Pamphlets im Jahre 1933 und der Veröffentlichung der Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger"(287).

In seinem Treuebekenntnis zum 'Führerstaat' ist Forsthoff nicht wankend geworden; auch als Jurist, der sich "streng auf die Wirklichkeitsanalyse beschränkt"(288), kann er keine Chance für den Fortbestand des Rechtsstaates erkennen. Seine Ablehnung trifft in gleicher Weise die Grundrechtsideologie und das rechtsstaatliche Gesetzesdenken.

"Die Grundrechte gehören der Geschichte an"(289) stellt Forsthoff fest und betont an anderer Stelle, das sei "ganz unbezweifelbar"(290).

Er hält die Feststellung für "erlaubt", daß sich "die rechtsstaatliche Ideologie einem sozialen Bilde zugeordnet hat, das nur bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts Realitätswert besaß"; er ist überzeugt, daß "diese Ideologie in ihren Ausgangspositionen stehenbleibt und gegenüber neuen Erscheinungen des sozialen Lebens keine Wirksamkeit mehr gewinnt"(291).

Das rechtsstaatliche Gesetzesdenken erscheint Forsthoff geradezu als eine "Kapitulation des Menschen vor den Dingen"(292). Das ganze Freiheitspathos des Rechtsstaates sei von dem Bestreben bestimmt gewesen, "nicht mehr dem Monarchen, sondern der Verfassung, nicht mehr dem Befehl, sondern der Norm, nicht mehr der Person, sondern einem Ding (nämlich dem Verfassungsstaat) unterworfen sein zu wollen"(293).

In der Zeit nach dem ersten Weltkrieg habe der Mensch begonnen, sich gegen diese Unterwerfung unter das "Ding" aufzulehnen. Die umfangreiche Anwendung des Art. 48 der Weimarer Verfassung sei ein erster Ausdruck dieses Protestes gewesen. Erst "das Gemeinschaftsdenken und die Aufrichtung des Führertums in Deutschland" hätten jedoch "die Wiederherstellung des Ranges des Menschen durch Wiedererrichtung seines Primates über die Dinge" gebracht(294). Die Führerpersönlichkeit an der Spitze des Staates" symbolisiere diesen Sieg(295). Auch in dieser Schrift lehnt also Forsthoff den Rechtsstaat für die Gegenwart eindeutig ab. Weitere drei Jahre später nimmt er in einem Vortrag(296) noch einmal dazu Stellung. Auch 1941 macht Forsthoff zwar "weltanschaulich Front" gegen die "Art von Recht", durch die das 19. Jahrhundert gekennzeichnet gewesen sei. Aber er schildert die Motive, die zur Forderung nach "totaler Normierung der Staats- und Rechtssphäre" geführt haben, nun ohne abwertende Beurteilung:

> "Politisch drängte die Abwehr des Regierens mit Spezialordres, das als besonders unfreiheitlich empfunden wurde, zur totalen Bindung des Staates an generelle Regeln, und das publizierte Gesetz empfahl sich als Schutz gegen jede Geheimpolitik"(297).

Dann geht Forsthoff einen Schritt weiter. Unter Hinweis auf Max Webers Untersuchungen räumt er ein, daß das rational-normative System des liberalen Rechtsstaates den ökonomischen Bedürfnissen im 19. Jahrhundert entsprochen habe: Ein auf der Basis individueller Initiative beruhender wirtschaftlicher Expansionsprozeß setze eine möglichst berechenbar gestaltete Umwelt voraus. Jenseits alles Weltanschaulichen liege darin "der Wahrheitswert oder Richtigkeitswert dieses Rechtssystems für seine Zeit, den wir nicht damit außer Kurs setzen, daß wir weltanschaulich gegen diese Art von Recht Front machen"(298).

"Weltanschaulich" lehnt Forsthoff das System des liberalen Rechtsstaates ab, weil es die "materiale Wertethik" bewußt aus der Rechtsordnung ausgeklammert habe. Aber andererseits habe sich die Rechtsordnung unter Berufung auf diese "allerdings äußerst fragwürdige Wertneutralität" den sozialen Spannungen eine Zeitlang entziehen können. Das bloße "Vorhandensein einer intakten Rechtsordnung" sei in Zeiten solcher Spannungen von entscheidendem Wert. "Der Vorteil für das Volksganze", schließt Forsthoff, "ist unverkennbar"(299).

Einmal zu dieser Erkenntnis gelangt, ist er nicht mehr gewillt, traditionelles Gut 'mit rücksichtsloser Entschlossenheit' zu 'liquidieren'. Auch die Vokabel 'Apparaturstaat' findet er nicht mehr angemessen: In dem Versuch, die durchrationalisierte, nach generellen Regeln verfahrende Verwaltung als "mechanisch, tot, apparatmäßig oder ähnlich zu disqualifizieren", melde sich ein "privatethisches Raisonnement" zu Wort(300).

Die Rationalisierung der Rechtsordnung erscheint Forsthoff als das "Ergebnis eines schicksalhaften Ablaufs"; sie sei "für uns unaufhebbar"(301). Entscheidend komme es darauf an, die Rechtsordnung mit materialer Gerechtigkeit zu erfüllen und damit den "Dualismus von Gesetz und Ethos" zu überwinden, der im formalen Rechtsstaat bestanden habe(302).

Geist, Können und Persönlichkeit hält Forsthoff für die Voraussetzung und Gewähr, daß diese Aufgabe gelöst und das "gerechte Recht" verwirklicht werde. Wieder - wie schon drei Jahre vorher - bekennt er sich damit "zum Primat des Geistes vor dem Ding"(303). Aber er ist nicht mehr überzeugt, daß dieser Sieg schon errungen sei und vom "Führertum", von der "Führerpersönlichkeit an der Spitze des Staates ... symbolisiert"(304) werde. Forsthoff betrachtet das Ringen um die Einheit von "Rechtsordnung und materialer Gerechtigkeit" keineswegs als abgeschlossen und erklärt: "Wir stehen heute noch in ihm"(305).

Er bekennt sich zu dieser Aufgabe "im Namen und Geist des Großen", zu dessen Gedächtnis sich seine Zuhörer versammelt haben: im Namen Kants(306). Vom Führer und vom Führertum ist in dem ganzen Vortrag nicht mehr die Rede.

In den bisher behandelten Schriften kommt Forsthoffs Einstellung zum Rechtsstaat klar zum Ausdruck. Der Wandel seiner Ansichten fällt zusammen mit dem Untergang der Weimarer Republik.

Noch in den Arbeiten aus dem Jahre 1932 wertet Forsthoff die Garantie eines individuellen Freiheitsbereiches als Ausdruck lebendigen liberalen Bewußtseins. Seine scharfe Kritik gilt nur derjenigen Begleiterscheinung des Rechtsstaates, die er heute als Kern des Rechtsstaatsbegriffes bezeichnet: der Unantastbarkeit der bestehenden Eigentumsordnung. Er enthüllt sie als Resultat einer mißbräuchlichen Interpretation der Grundrechte, insbesondere der Eigentumsgarantie, die zur Ohnmacht des Staates gegenüber den Inhabern ökonomischer Privatmacht führe.

Unmittelbar nachdem die Nazis an die Macht gekommen sind, erstreckt Forsthoff dagegen seine Ablehnung auf den ganzen Rechtsstaat. Die Broschüre aus dem Jahre 1933 enthält die Vokabeln, die im nationalsozialistischen Parteijargon gängig waren. Ohne jede Einschränkung bekennt sich Forsthoff zu dem System, den Zielen und den Einzelmaßnahmen des totalen Staates und weiß sich nicht genug zu tun, um seine Verachtung gegenüber dem Rechtsstaat als einem "Staat ohne Ehre und Würde" auszudrücken.

Auch in der verwaltungsrechtlichen Abhandlung von 1938 und in dem Vortrag im Jahre 1941 läßt er an seiner Ablehnung des Rechtsstaates kei-

nen Zweifel. Zwei Argumente stehen dabei im Mittelpunkt:

Forsthoff hält erstens die Grundrechte "unbezweifelbar" für überholt. Er erklärt sie ausschließlich aus der Interessenlage des Bürgertums, zunächst aus dem Kampf gegen die Monarchie und dann als Mittel zur Aufrechterhaltung des ökonomischen und gesellschaftlichen status quo. Er ist überzeugt, daß die Wirksamkeit der Grundrechte an die sozialen und politischen Verhältnisse des 19. Jahrhunderts gebunden gewesen sei.

Als entscheidenden Mangel des Rechtsstaates bezeichnet Forsthoff zweitens das Fehlen materialer Gehalte. Die Beschränkung auf formale Strukturelemente führe dazu, daß der Rechtsstaat von der Forderung nach materieller Gerechtigkeit isoliert werde und sich in der formalen Legalität erschöpfe. Gerade die materielle Gerechtigkeit sei aber "unerläßliche Wertqualität der Volksordnung"(307). Die neue, "echte" Verfassung müsse geschaffen werden unter Abwendung von allen rechtsstaatlichen Formalisierungen.

Das Ausmaß der - stillschweigenden - Schwenkung, die Forsthoff bei der Interpretation des rechtsstaatlichen Charakters des Grundgesetzes auf der Staatsrechtslehrertagung von 1953 im Vergleich zu früheren Äußerungen vornehmen mußte, wird hier ersichtlich. Grundrechtsgewährleistungen zum Schutze des güterrechtlichen status quo und die formalen Strukturelemente des Rechtsstaates - einst Anlaß zu schonungsloser Kritik - stehen im Mittelpunkt seines Referats.

Freilich hatte Forsthoff in diesem Vortrag die Aufgabe, den im Grundgesetz geschaffenen Rechtsstaat zu interpretieren. Hat er sich darauf beschränkt festzustellen, was diese Entscheidung für den Rechtsstaat im Rahmen des Grundgesetzes besage und bedeute, dann bliebe offen, ob seine 1953 vorgetragene Rechtsstaatstheorie nicht nur als Auslegung einer nun einmal geltenden Verfassung, sondern auch als Wiedergabe seiner eigenen Einstellung zum Rechtsstaat betrachtet werden soll. Auch Forsthoffs erste Nachkriegsschriften stehen noch in verschieden starkem Gegensatz zu der bei der Interpretation des Grundgesetzes 1953 dargelegten Rechtsstaatstheorie.

3. Widerspruchsvolle Auffassungen vom Rechtsstaat in Forsthoffs Nachkriegsschriften

a) Die kritische Einstellung zum Rechtsstaat in den ersten Nachkriegsbeiträgen

Forsthoffs erste Beiträge nach 1945 zeigen noch nicht die deutliche Abkehr von seiner früheren Rechtsstaatskonzeption. Er bleibt zunächst weiterhin kritisch in der Beurteilung des Rechtsstaatsgedankens im 19. Jahrhundert. In einem Aufsatz über Montesquieus Esprit des Lois(308) bemängelt er, daß dem technisierten rechtsstaatlichen Verfassungsbewußtsein das Empfinden für das Wesentliche in Montesquieus politischem Denken verloren gegangen sei. Montesquieu habe die menschlichen Eigenschaften als "verfassungspolitische Wirklichkeiten von eminenter Bedeutung"(309) erkannt und berücksichtigt. Für die Staatslehre des 19. Jahrhunderts hingegen habe die Gewaltenteilung als

technisches Mittel zur Sicherung individueller Freiheiten entscheidende Bedeutung gewonnen. Dieses Streben nach Verbürgung individueller Freiheiten habe sie zu der strengen rechtsstaatlichen Unterscheidung von Einzelakt und genereller Regel geführt. Völlig sei dabei übersehen worden, daß die richtige Anordnung der Gewalten nur dann sinnvoll werden könne, wenn sie zugleich "der sozialen Schichtung des Volkes Rechnung trägt" und damit "der notwendige soziale Ausgleich stattfindet"(310).

Gerade das aber habe den Vertretern der liberalen Rechtsstaatsideologie nicht vorgeschwebt. Die Grundrechte, schreibt Forsthoff an späterer Stelle, seien ja nicht nur "Vorkehrungen des Individualschutzes" gewesen, sondern sie sollten zugleich eine bestimmte Sozialordnung stabilisieren(311). Die Gesellschaft habe für den Staat als vorausgesetzt gegolten und nicht zu seiner Disposition gestanden. Sie müsse im 19. Jahrhundert als die "Daseinsform der damaligen bürgerlichen Schicht verstanden werden". Habe auch formal für den damaligen Staat die Möglichkeit bestanden, durch Gesetze die Sozialordnung umzugestalten, so habe doch in der politischen Wirklichkeit die Güterverteilung nicht verändert werden können. Nachdem das Bürgertum nämlich das Mitwirkungsrecht an der Gesetzgebung erkämpft habe, konnte es derartige umgestaltende Eingriffe in die Wirtschafts- und Sozialordnung verhindern(312), ohne daß der vorstaatliche Charakter der Grundrechte behauptet und absolute Schranken der Staatsgewalt gefordert zu werden brauchten(313).

Enthalten diese Ausführungen über Idee und Wirklichkeit des Rechtsstaates im 19. Jahrhundert auch noch durchaus kritische Züge, so kehren doch Forsthoffs scharfe Formulierungen aus früheren Schriften nicht wieder. Forsthoff beschränkt sich darauf, zu untersuchen, wie weit Montesquieus Lehren realisiert wurden; er verzichtet darauf, sich darüber zu äußern, was er in jeder andern Hinsicht von der Entwicklung seit der Mitte des 19. Jahrhunderts hält. Weder erscheint es ihm nach 1945 als "Anmaßung", daß sich der geschilderte liberale Staat als "Rechtsstaat" bezeichnete, noch hält er voll an der früheren Auffassung fest, die liberale Rechtsstaatsideologie sei auf ihren politisch-sozialen Ausgangspunkt beschränkt und unter geänderten sozialen Verhältnissen wertlos geworden. Forsthoff führt vielmehr den Gedanken fort, den er schon 1941 angedeutet hatte. Zwar erklärt er die Forderungen des liberalen Rechtsstaates nach wie vor aus der Interessenlage des Bürgertums. Aber er räumt doch ein, daß das Streben, die Rechtsordnung zu rationalisieren und den Staat an generelle Normen zu binden, aus ökonomischen Gründen über die wirtschaftliche Situation des 19. Jahrhunderts hinaus seinen Wert behalte. "Dieser Gesichtspunkt ist darum wichtig", führt Forsthoff ähnlich wie in seinem Vortrag über "Grenzen des Rechts" aus, "weil er von der rechtsstaatlichen Ausgangsideologie unabhängig ist und sie zu überdauern vermag"(324).

Darüber hinaus entdeckt er in der Verfassungswirklichkeit des monarchischen Rechtsstaates im Sinne der Auffassungen Montesquieus einen bedeutsamen Vorteil: Die bis 1918 geltende Verfassung habe nämlich "in hervorragendem Maße" der Vorstellung von einem "gemäßigten Regierungssystem" entsprochen, das "auf eine überlegte Weise die poli-

tischen Potenzen in ein Verhältnis der Partnerschaft bringt"(315).

Auch die Kritik am Rechtsstaat der Weimarer Republik fällt nun milder aus. Freilich ist Forsthoff weiter davon überzeugt, daß das Bemühen scheitern mußte, in die Weimarer Verfassung rechtsstaatliche Prinzipien des Liberalismus aufzunehmen. Einen solchen Staatstypus hält er nur unter der Voraussetzung für möglich, daß das Sozialleben autonom in sich ruhe und nicht von dem Staat gestaltet zu werden brauche(316). Aber die Weimarer Verfassung habe doch noch die Möglichkeit der Partnerschaft - zwischen dem Reichstag und dem vom Volke gewählten Reichspräsidenten - offengehalten. Allerdings sei der Sinn für Mäßigung, die mit solchen Partnerschaften erreicht werden solle, schon in der Weimarer Republik mehr und mehr verloren gegangen.

Der "nationalsozialistischen Staatsgestaltung" hält Forsthoff schließlich vor, daß sie die Momente der Mäßigung "ganz bewußt bis auf den letzten Rest getilgt" habe: "Nicht die Mäßigung, sondern die stärkste Konzentration der Staatsgewalt wurde nach 1933 die alles beherrschende Tendenz"(317). Forsthoff übergeht, daß er dieser Entwicklung einst begeistert zugestimmt hatte. Wohl war er nicht soweit gegangen, gerade diese Konzentration als den nationalsozialistischen Begriff des Rechtsstaates zu bezeichnen(318). Aber er hatte doch jene akademischen Pedanten der Sabotage bezichtigt, die angesichts der Aufgabe, die letzten Reserven aus dem Volke herauszuholen, traditionelles Gut aus der liberal-rechtsstaatlichen Konkursmasse zu retten wünschten.

Aus der Sicht des Jahres 1949 wundert sich Forsthoff dagegen, warum der Sinn für Mäßigung dergestalt "abhanden gekommen" sei, und zwar auch jetzt noch, nachdem "der nationalsozialistische Staat uns über den Wert der Mäßigung eindrucksvoll genug belehrt hat"(319).

Will man aber dieser späten Kritik am nationalsozialistischen Staat entnehmen, daß Forsthoff seine früheren Auffassungen zugunsten neuer Einsichten aufgegeben habe, so muß die schon erwähnte Äußerung befremden, die "Notwendigkeiten und Fragestellungen" seien "bei einer realistischen und nicht ideologischen Betrachtung" über den Zusammenbruch des Naziregimes hinweg "die gleichen geblieben"(320).

Forsthoff bezeichnet zwar für die Gegenwart den Rechtsstaat nicht mehr als Staat ohne Ehre und Würde. Aber er ist in seinen ersten Nachkriegsschriften noch weit davon entfernt, die formalen Strukturelemente - wie später - in der Isolierung vom Wechsel der sozialen Verhältnisse zum "Eigenwert" zu erheben und in der Beschränkung auf bestimmte Formen und Institute die einzige Existenzchance des Rechtsstaates in der Gegenwart zu sehen.

Forsthoff registriert vielmehr, daß "das ganze überkommene rechtsstaatliche Gefüge" mit der Entwicklung zum Sozialstaat " weithin außer Kraft gesetzt" sei(321). Darüber hinaus müsse aber die Frage gestellt werden, ob ein Rechtsstaat, wie er in Bonn unter starker Anlehnung an die Weimarer Verfassung geschaffen worden sei, der Staatstypus sei, "den wir heute in einem weithin zerstörten, in der Sozialordnung auf das schwerste erschütterten Deutschland brauchen"(322). Dem Zweifel, der daran bestehe, will Forsthoff "die Berechtigung nicht

absprechen". Er sieht die eigentlichen Gefahren unserer staatlichen Neuordnung darin, daß dieses Problem nicht genügend bedacht werde. Den "Führerstaat" freilich wünscht er sich nicht wieder zurück. Im Gegenteil, er fürchtet, daß "ungeahnte Sympathien für das gegenteilige Extrem" des liberalen Rechtsstaates "wieder lebendig werden" könnten, wenn "das Volk den Eindruck eines Versagens gewinnen sollte"(323). Es gelte daher, die "Fehler der beiden Extreme" totalitärer, autoritärer Verwaltungsstaat und bürgerlicher Gesetzesstaat zu vermeiden. Daß nämlich dem bürgerlich-rechtsstaatlichen System der Staatswillensbildung und Freiheitsverbürgung der Boden entzogen sei, werde sich unerbittlich zeigen, "wenn die über dem politischen Leben Deutschlands liegende Lähmung und mit ihr die restaurative Erstarrung gewichen sein" werden(324). Dann werde es darauf ankommen, "von neuen Voraussetzungen aus ein Verfassungssystem der Mäßigung und des sozialen Ausgleichs aufzurichten".

Noch 1951 hält es Forsthoff für erforderlich, auf diese Aufgaben und auf die Bedeutung intermediärer Gewalten hinzuweisen und demgegenüber das Verfassungsdenken der Gegenwart zu tadeln, dem es "allein um die individuelle Freiheit geht"(325).

b) Die Schwenkung zur streng formalen Rechtsstaatskonzeption

Aber zwei Jahre später, im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung 1953, präsentiert Forsthoff seine - bereits ausführlich dargestellte - völlig gewandelte Einstellung zum Rechtsstaat. Hatte er bis dahin die Existenzfähigkeit der Formbestandteile des Rechtsstaates in verschieden scharfer Form bezweifelt, so findet er nun, daß nur durch die Beschränkung auf diese formalen Strukturelemente und deren strenge Beachtung der im Grundgesetz geschaffene Rechtsstaat unter den veränderten sozialen Bedingungen der Gegenwart erhalten bleiben könne.

Die technisierte Gewaltenteilung, noch nach 1945 als Fehldeutung Montesquieuschen politischen Denkens durch ein irregeleitetes Verfassungsbewußtsein charakterisiert, erscheint wieder als sinnvoll und erfüllt durchaus den vom Grundgesetz gewollten Zweck, "die Staatsgewalt zugunsten der individuellen Freiheit zu begrenzen"(326).

Das rechtsstaatliche Gesetzesdenken und die Vorstellung vom Gesetz als genereller, abstrakter Norm werden nicht mehr - wie 1938 - als Kapitulation des Menschen vor den Dingen gewertet, sondern: "Der Rechtsstaat steht und fällt mit dem Vorrang des Gesetzes im Sinne der abstrakten, generellen Norm"(327).

Während nach früherer Auffassung Forsthoffs der Versuch der Weimarer Verfassung, einen solchen Gesetzesstaat aufzurichten, infolge der gewandelten sozialen Verhältnisse zum Scheitern führen mußte, begrüßt er es jetzt, "daß das Grundgesetz den Charakter des Gesetzes als genereller Norm ernster nimmt als etwa die Weimarer Verfassung"(328), wohl aus der Erkenntnis, daß Maßnahmegesetze besonders geeignet zu diskriminierender sozialer Gestaltung sind.

Die Grundrechte, mehrfach und "unbezweifelbar" totgesagt, erweisen sich als wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates der Gegenwart.

Einst hielt Forsthoff die Rechtfertigung des liberalen Staates aus dem individuellen Freiheitsbereich des Staatsbürgers für den Ausdruck einer ehr-, würde- und traditionslosen politischen Haltung ohne Beziehung zu Volk und Volkstum und später zumindest für unbezweifelbar überholt. Nun will er die "Ausgrenzungen" der klassischen Grundrechte, die "Aufrichtung von Bereichen, vor denen der Staat halt macht", "in voller Strenge" anerkennen(329), weil der Rechtsstaat des Grundgesetzes ihm das zu verlangen scheint.

In seinem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer vermag er dann die Wiederherstellung eines intensiven Grundrechtsschutzes im Grundgesetz aus der Reaktion auf die Zeit zwischen 1945 und 1948, auf die "Diktatur der kleinen Verwaltungsfunktionäre" zu verstehen, "die in diesem System der totalen Betreuung aller durch die Markenwirtschaft zum Zuge gekommen war"; "auch naturgemäß", fügt er hinzu, "auf die Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft"(330). Dennoch: Im Grunde bleibt ihm dieses rechtsstaatliche Freiheitsstreben verdächtig. Zwar stuft er das Verständnis von Freiheit als "Sicherung des Individuums gegen den Zugriff des Staates" nicht mehr als Ausdruck des "Irrglaubens an die Menschheit" ein; zwar fordert er nicht mehr, daß der "gegen diese Freiheit gerichtete politische Kampf ....vor dem vollkommenen Siege nicht abgebrochen werden" dürfe(331). Aber er gibt doch zu bedenken, daß die Freiheit den Menschen isoliere und vom Staat distanziere:

> "Staatsgesinnung als Grundlage der Gehorsamsbereitschaft erwächst nicht aus der Freiheit"(332).

c) Widerspruchsvolle Thesen in neueren Schriften

In der Auffassung, daß die formalen Strukturelemente des Rechtsstaates über den Wechsel der sozialen Verhältnisse hinweg annähernd gleiche Wirkungen entfalteten, wird Forsthoff wieder schwankend. Hatte er noch im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung die Existenz des Rechtsstaates von der strikten Anerkennung des Gesetzes als genereller Norm abhängig gemacht, so findet er an anderer Stelle, daß die sozialen Pflichten des heutigen Staates "die Alleinherrschaft des klassischen rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs beenden" mußten(333). Vielmehr setze die Formtypik des klassischen Rechtsstaates "soziologische Gegebenheiten - die Autonomie der Gesellschaft - voraus, über die die Geschichte inzwischen hinweggeschritten ist"(334).

Der Tatsache, daß die sogenannten 'Maßnahme-Gesetze' in die Gewaltenteilung eingriffen und die Selbständigkeit der vollziehenden Gewalt beeinträchtigten, dürfe man "heute entscheidendes Gewicht nicht mehr zuerkennen". Im Grundgesetz erblickt Forsthoff nun nicht mehr eine strenge Option für die Begriffe, Formen und Institute des klassischen Rechtsstaates, sondern er meint, das Grundgesetz habe "die spezifische Formtypik des bürgerlichen Rechtsstaates verlassen oder modifiziert" und damit einem "Zwang der Verhältnisse entsprochen"(335).

Noch in der neuesten Auflage seines Lehrbuches des Verwaltungsrechts(336) schreibt Forsthoff:

"Das schon unter der Weimarer Verfassung ins Gleiten gekommene objektive System der Freiheitsverbürgung durch Bindung des Gesetzgebers an eine bestimmte Gesetzesform (nämlich die vom Parlament verabschiedete generelle Norm), der Verwaltung, soweit sie in Freiheit und Eigentum des Einzelnen eingreift, an diese Art von Gesetz bei Freiheit des Handelns im übrigen, die aufeinander abgestimmten Rechte und Gegenrechte der Gewalten und Verfassungsfaktoren, die einen Zustand der Hemmung und Balancierung zum Nutzen der individuellen Freiheit des Einzelnen herbeiführen sollten - das alles ist teils aufgegeben, teils funktioniert es nicht mehr, unter allen Umständen aber bietet es nicht mehr eine hinreichende Sicherung der individuellen Freiheit" (337).

Der Rechtsstaat sei damit nicht preisgegeben; aber "was den Staat heute zum Rechtsstaat macht", müsse unter diesen Umständen "anders geartet sein und anders verstanden werden als in den Zeiten des klassischen bürgerlichen Rechtsstaates" (338). Die Rechtsstaatlichkeit des heutigen Staates bestehe "in der weitergehenden Gewährleistung subjektiver Rechte", und:

"Allenthalben spricht nun die Justiz das letzte Wort" (339).

Auf diese Erscheinung hat Forsthoff schon 1955 hingewiesen (340). Der - zwangsläufige - ständige Abbau des rechtsstaatlichen Formgefüges, etwa durch die 'Maßnahmegesetze', sei von entsprechenden Gegenvorkehrungen begleitet. Deren wichtigste sei die "Verlagerung des pouvoir neutre aus der Regierung und Verwaltung in die Justiz". Forsthoff hatte betont, daß diese Vorkehrungen - insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit - gerade nicht "den Institutionen des klassischen Rechtsstaates entsprechen können" (341).

Auch den rechtspolitischen Sinn dieser Stärkung der Justiz hatte er erläutert und getadelt, daß dieser in der "weitverbreiteten Polemik gegen den 'embarras de justice' vielfach übersehen werde" (342). Weil der Staat seine sozialen Aufgaben nicht mehr durchweg in der rechtsstaatlichen Form des generellen Gesetzes erfüllen könne, wachse zugleich die "Gefahr, daß der von der klassischen rechtsstaatlichen Theorie verworfene und hintangehaltene Parlamentsabsolutismus ... befördert wird". Die ausgedehnten Gerichtsfunktionen böten die wirksame Garantie, die rechtsstaatliches Denken gegen einen solchen möglichen Mißbrauch fordern müsse (343).

Infolge ihrer vom klassischen generellen Gesetz verschiedenen logischen Struktur (344) müßten die 'Maßnahmegesetze' nicht nur der Kontrolle ihrer Verfassungsmäßigkeit, sondern auch der Ermessensprüfung in Anlehnung an Maßstäbe verwaltungsgerichtlicher Kontrolle eröffnet werden. Dagegen könne man nicht einwenden, "daß das gewählte Parlament als Exponent des demokratischen Volkswillens in Ausübung seiner gesetzgeberischen Funktion ein Anrecht auf größere Freiheit von Kontrollen habe als die Verwaltung". Diese Auffassung finde "weder im Grundgesetz eine Stütze", noch sei sie "überhaupt rechtsstaatlich zu begründen" (345).

Allerdings, räumt Forsthoff ein, müsse im Zweifelsfall der handelnde Gesetzgeber vor dem kontrollierenden Richter recht behalten. Das scheint ihm besonders für die "moderne, geistig nicht homogene Gesellschaft" erforderlich, in der nur wenige Maßstäbe allgemein verbindlich seien, nach denen Gleichheit und Ungleichheit, Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit im Einzelfall klar getrennt werden könnten. Hier liege die Grenze der richterlichen Kompetenzen:

> "In dem weiten Bereich, in dem Meinung gegen Meinung steht, kann es nicht Aufgabe des Gerichts sein, seine subjektive Meinung als gemeinverbindlich zu setzen"(346).

Seit diesen Ausführungen aus dem Jahre 1955 hat Forsthoff festgestellt, daß die Rechtsprechung von Sozial- und Verwaltungsgerichten gerade dagegen verstoßen habe.

Als typisch für die "Aufweichung des Rechtsstaates durch Übersteigerung des Rechtsschutzes aus sozialstaatlichen Erwägungen"(347) zitiert Forsthoff folgende Stelle aus einem Urteil des Landessozialgerichts Bremen(348):

> Der Rechtsstaat "soll sich durch die Tätigkeit von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nicht nur formal, sondern auch materiell als ein Rechtsstaat darstellen, d.h. als ein Staat, der auf die Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit ausgerichtet ist".

Seine Kritik richtet sich dagegen, daß das Gericht aus diesem Verständnis des Rechtsstaates heraus das Recht zur "korrigierenden Gesetzesauslegung kraft rechts- und sozialstaatlicher Erwägungen" in Anspruch nehme(349). Ebenso lehnt er die neuere Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu bestimmten Fällen ab, die sich "von den gleichen Grundgedanken ... leiten" lasse(350).

Die Abwertung der formalen Strukturelemente des Rechtsstaates durch "voreiligen Rückgriff auf materielle Gerechtigkeitsgehalte", meint Forsthoff, "dürfte nicht zuletzt in der falschen Antithese Rechtsstaat - Unrechtsstaat" ihren Grund haben(351).

Zwar finde sich selbst im Grundgesetz die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" (Art. 20 Abs. 3). Aber Forsthoff gibt demgegenüber zu bedenken, daß der Rechtsstaat gerade durch eine "strenge Formalisierung und Stilisierung der Verfassung ... und der Formen des staatlichen Handelns zu seinen Zwecken ... kommen" wolle. Es müsse daher "auffallen, sozusagen im Zentrum der Fixierung der Rechtsstaatlichkeit dem Begriff Recht zu begegnen, dessen unformeller Charakter durch die Formel 'Gesetz und Recht' noch in besonderer Weise akzentuiert wird"(352).

Forsthoff erblickt in dieser Formel den Ausdruck des Zweifels daran, "ob die rechtsstaatlichen Mittel der Gewährleistung der individuellen Freiheit in der Form der gesetzmäßigen Freiheit noch zureichend" seien(353). Dazu hatte er schon vorher Stellung genommen(354). Aus der Erkenntnis heraus, daß dieses System der Freiheitsverbürgung "nicht mehr eine hinreichende Sicherung der individuellen Freiheit" bie-

te, war er zu dem Schluß gelangt, daß die Wesensmerkmale des heutigen Rechtsstaates anders als die des klassischen Rechtsstaates geartet sein müßten. In der "weitestgehenden Gewährleistung subjektiver Rechte" erkannte er die Rechtsstaatlichkeit des heutigen Staates; der "Verlagerung des pouvoir neutre aus der Regierung und Verwaltung in die Justiz" billigte er einen rechtspolitischen Sinn zu.

Indessen hat sich die Rechtsprechung - insbesondere der Verwaltungsgerichte - zu Forsthoffs Unzufriedenheit entwickelt. Die Richter haben nämlich die Formel "Gesetz und Recht" mit den "schweren ideologischen Gewichten der Ethik, des Naturrechts, der Sozialstaatlichkeit usw. belastet" und damit die Bindung "verunsichert", der sie ebenso wie die vollziehende Gewalt nach Art. 20 Abs. 3 GG unterliegen (355).

Damit sei es dazu gekommen, kritisiert Forsthoff weiter, daß die rechtsprechende Gewalt "den Abbau der Rationalität des modernen Rechts herbeigeführt hat und wohl auch weiterhin bewirkt" (356).

Diese Ausweitung der richterlichen Funktionen wird nicht mehr als Vorkehrung betrachtet, die sich aus dem Wandel der rechtsstaatlichen Wesensmerkmale mit dem Wechsel der sozialen Verhältnisse zwangsläufig ergebe. Sondern die Justiz hat sich ihre Machterweiterung selbst zugesprochen (357).

Die "innere Logik" allerdings, die zu dieser Machterweiterung geführt habe, leitet Forsthoff nach wie vor aus den gleichen Erscheinungen ab: aus dem "durch die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte gebrochenen Selbstbewußtsein derer, die zum tätigen Handeln in Gesetzgebung und Verwaltung berufen sind" und nicht minder aus "dem Schwund des Vertrauens, das man ihnen entgegenbringt" (358).

Ganz ähnlich hatte es Forsthoff 1955 (359) begründet, daß die Justiz "nun in so hohem Maße als Kontroll- und Entscheidungsinstanz auch in den Dingen der Verfassung und Verwaltung" eingesetzt worden sei. Er hatte das erkennbar gebilligt. Denn die Autorität der deutschen Gerichte, "die sehr wichtige Kehrseite der umfassenden Rechtsschutzfunktionen der modernen Justiz" erwachse "aus der Unbeteiligtheit und der durch Unbeteiligtheit hergestellten sachlichen Vertrauenswürdigkeit. Die Gerichte fungieren hier in der Autorität einer neutralen Gewalt".

1959, nachdem die Gerichte ihre Rechtsschutzfunktionen "aus sozialstaatlichen Erwägungen übersteigert" haben, ist Forsthoff zu einer derart positiven Würdigung nicht mehr bereit. Zwar bleibt die Diagnose gleich: Die Richter profitieren vom Autoritätsverlust der Parlamentarier und der Beamten. Aber: "ob immer zu ihrem Heile sei dahingestellt" (360).

Angesichts dieser verschiedenartigen Äußerungen wird die Überzeugungskraft der These, die formalen Strukturelemente des Rechtsstaates würden in der Isolierung vom Wechsel der sozialen Verhältnisse zum Eigenwert, selbst bei einem auf Forsthoffs Nachkriegsschriften beschränkten Vergleich abgeschwächt. Zwar kehrt Forsthoff zu dieser zunächst im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung vorgetragenen Auffassung wieder zurück. Aber dazwischen liegen Stellungnahmen, in

denen sich die Erkenntnis ausdrückt, daß die Struktur des Rechtsstaates von der Entwicklung zum Sozialstaat nicht unbeeinflußt bleiben könne.

Für den Fortgang dieser Arbeit ist die Frage bedeutsam: Warum vertrat Forsthoff im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung seine formale Rechtsstaatstheorie mit dogmatischer Schärfe? Warum wollte er sie auf die gegenwärtigen Verhältnisse streng angewendet wissen, wenn er unmittelbar danach an anderer Stelle wieder davon abzurücken bereit war?

d) Die Bedeutung der formalen Rechtsstaatstheorie für Forsthoffs Stellung in der Nachkriegsdiskussion

Bei der Antwort auf diese Frage muß man davon ausgehen, daß Forsthoff mit diesem Referat in die Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat eingreifen wollte. Der Aufbau des Vortrages war von der Absicht geprägt, dem von Ipsen und in besonderer Schärfe von Abendroth unternommenen Versuch entgegenzutreten, den Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes aus dem Bekenntnis zu Sozialstaat und Demokratie inhaltlich festzulegen. Dadurch, daß er dem Rechtsstaat jeden materiellen Gehalt absprach und diesen auf seine formalen Strukturelemente beschränkte, konnte Forsthoff die Konsequenzen abwehren, die sich aus der inhaltlichen Verknüpfung des Rechtsstaates mit Sozialstaat und Demokratie ergeben hatten. Er konnte die Auffassung zurückweisen, daß die rechtsstaatliche Eigentumsgarantie durch das Sozialstaatsbekenntnis begrenzt werde. Er konnte dann auch die weitere These ablehnen, das gleichzeitige Bekenntnis zur Demokratie stelle die Eigentumsordnung in bestimmten Umfang zur Disposition des demokratischen Gesetzgebers, sofern dieser seine Eingriffe in den güterrechtlichen status quo aus dem sozialstaatlichen Verfassungsauftrag heraus zu legitimieren vermöge.

Forsthoff hebt seine Absicht an anderer Stelle(361) ausdrücklich hervor: Im Kreise seiner Fachkollegen habe man aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat folgern wollen, "man müsse das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte von einem sozialen Vorbehalt aus interpretieren, man dürfe den Grundrechten nicht mehr die Ausdehnung lassen, die ihnen ein früheres individualistisches Verfassungsdenken gegeben hat". Er macht deutlich, was er als das eigentliche Ziel dieser Bestrebungen erkannte:

> "Die Anhänger dieses Gedankens wollen dem Gesetzgeber die Befugnis zuerkennen, ohne Gewährung einer Entschädigung in das System der Güterverteilung einzugreifen. Dem habe ich mich widersetzt ..."(362).

Die These, der in seinen Formen, Begriffen und Institutionen streng genommene Rechtsstaat sei in hohem Maße an den wirtschaftlichen status quo gebunden, hat Forsthoff folgerichtig auch über alle Schwankungen seiner sonstigen Rechtsstaatstheorie hinweg seit dem Referat von 1953 aufrechterhalten. Bei der Behandlung des Themas "Hat der Staat noch Autorität?" schreibt er:

> "An die bestehende Güterverteilungsordnung ist jeder Rechtsstaat gebunden"(363).

Zu seinen früheren Darlegungen steht sie allerdings in striktem Gegensatz. Schon in seinen ersten Arbeiten aus dem Jahre 1932, in denen der liberale Gedanke der Garantie eines individuellen Freiheitsbereiches seiner totalen Kritik am Rechtsstaat noch nicht zum Opfer gefallen war, hatte Forsthoff ja die intensive Berufung auf die Eigentumsgarantie als Verhüllung des konkreten Interesses angegriffen, die bestehende Eigentumsordnung zu erhalten. Er hatte die außerordentlich starke Bindung, ja Entmachtung des Staates als Folge einer solchen Haltung beklagt, die den ethischen Machtanspruch des Staates über seine Glieder bestreite. Besonders bedenklich war es ihm erschienen, daß derjenige, der sich aus seinem Interesse an der Aufrechterhaltung des status quo auf die Eigentumsgarantie berufe, auf Grund der politischen Kräfteverhältnisse in der Weimarer Republik eine unangreifbare Position erlange(364).

Diese Auffassung Forsthoffs änderte sich auch in seinen Schriften während der Nazizeit nicht. Weiterhin erscheint das Festhalten an der Eigentumsgarantie als schwerer Mangel der Weimarer Verfassung, an dem die Verwirklichung ihres Sozialprogramms "notwendig scheitern mußte"(365).

Noch nach 1945, im "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", gesteht Forsthoff dem monarchischen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts die formale Möglichkeit zu, "durch intensive Inanspruchnahme des Gesetzesvorbehalts in die Sozialordnung umgestaltend einzugreifen"(366). Nicht weil die Unantastbarkeit des ökonomischen status quo zum Wesen des Rechtsstaates gehöre, sei die Veränderung der Güterverteilung vermieden worden. Sie sei vielmehr infolge der politischen Gegebenheiten nicht realisierbar gewesen; denn das vom Bürgertum beherrschte Parlament konnte seine Beteiligung an solchen gesetzlichen Eingriffen verweigern(367).

Aus der neu bezogenen Position in der Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat heraus sieht Forsthoff das alles anders. Elastisch paßt er zunächst sein Geschichtsbild nachträglich seiner gewandelten Rechtsstaatstheorie an. Der Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, einst der Anmaßung bezichtigt und als Produkt bürgerlicher Interessen charakterisiert, erscheint ihm nun als "vielleicht der einzige wirkliche Rechtsstaat, den wir hervorgebracht haben"(368). Der Weimarer Republik wird nicht mehr das entschiedene Festhalten an der Eigentumsgarantie zum Vorwurf gemacht. Im Gegenteil, gerade durch "Einwirkungen auf das System der Güterverteilung" ist sie vom rechten Wege des Rechtsstaates abgewichen und hat damit "ungeheure Folgen" heraufbeschworen. Nicht weil die Prinzipien des liberalen Rechtsstaates im Widerspruch mit einer veränderten sozialen Wirklichkeit unkritisch restauriert wurden(369), ist die Weimarer Republik gescheitert, sondern weil sie sich nicht streng genug an diese Grundsätze hielt. Nicht die Empörung des deutschen Volkes über den groben Täuschungsversuch des Weimarer Staates, sich mit der Bezeichnung 'Rechtsstaat' einen ethischen Mehrwert gegenüber den Diktaturen zu sichern, hat diesen vierzehnjährigen Leidensweg beendet. Nicht die Erfahrung anständiger Volksgenossen in der Verfolgung durch die legale Staatsgewalt fegte den liberalen Rechtsstaat in der nationalsoziali-

stischen Revolution hinweg. Dem "rückblickenden Beobachter" Forsthoff ist offenbar geworden, daß ohne die "Verschiebung des Güterverteilungssystems in der Währungsreform von 1923" der Untergang der Weimarer Republik "gar nicht denkbar" gewesen wäre:

> Man hat nämlich in der Währungsstabilisierung von 1923 "den Mittelstand, die zuverlässigste staatstragende Schicht eines bürgerlichen Rechtsstaates, depossediert und erlebte es wenige Jahre später, daß die Depossedierten als Wähler Adolf Hitlers diesen Staat aus den Angeln heben halfen" (370).

Forsthoff weiß noch andere "ähnliche" Ereignisse aufzuzählen, die ebenfalls ungeheure Folgen nach sich gezogen haben: die Enteignung des Adels in der Französischen Revolution, die Zerstörung der Eigentumsordnung in Rußland, die Agrarreform und die Enteignungen der Betriebe in der sowjetisch besetzten Zone. Aus dieser Zusammenstellung sollen seine Zuhörer "die ungeheuren Gefahren" ersehen, "die es in sich birgt, wenn der Staat in das System der Güterverteilungsordnung eingreift"(371).

Der Hinweis auf die dargestellten Ereignisse und ihre Folgen lasse nämlich erkennen, meint Forsthoff, "daß es sinnvoll ist, wenn wir einen Rechtsstaat haben, der das System der Güterverteilung schützt, und trotzdem einen Sozialstaat haben, der das Sozialprodukt verlagert und durch diese Verlagerung seine sozialen Aufgaben erfüllt" (372). Es ist gar nicht nötig, soll damit gesagt werden, daß man die status-quo-Garantie des Rechtsstaates antastet, um den sozialstaatlichen Verfassungsauftrag zu realisieren. Denn auch die streng genommene rechtsstaatliche Verfassung stelle dazu die Steuerhoheit des Staates als Mittel zur Verfügung.

Die Auffassung, der moderne Rechtsstaat sei Sozialstaat wesentlich in seiner Funktion als Steuerstaat, ist Forsthoffs Beitrag zur Diskussion über die Frage, in welcher Form der 'soziale Rechtsstaat', wie ihn das Grundgesetz fordert, zu verwirklichen sei. Allerdings vermag Forsthoff auch diese These von der Vereinbarkeit der rechtsstaatlichen status-quo-Garantie mit den Zielen des Sozialstaates nur aufzustellen, indem er von früheren Ansichten über das Verhältnis von Rechtsstaat und Sozialstaat entscheidend abweicht.

II. Forsthoffs Sozialstaatstheorie

1. Das Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat

Aus der Sicht des totalen Staates erschien Forsthoff die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit mit der Existenz rechtsstaatlicher Grundrechte unvereinbar. Das Schicksal der Weimarer Republik diente ihm dafür als Beispiel. Schon oft sei darauf hingewiesen worden, schreibt Forsthoff 1938, "wie sehr die Weimarer Verfassung ihren sozialpolitischen Absichten dadurch im Wege stand, daß sie sich vorbehaltlos zu den bürgerlichen Grundrechten bekannte, daß insbesondere die Durchführung des umfassenden in den Art. 151 ff. niedergelegten Sozialprogramms an bestimmten Grundrechtsvorstellungen, vor allem der Eigentumsgarantie des Art. 153, notwendig scheitern mußte". Forsthoff war dieser Ansicht, obwohl damals durch Reichsgesetz entschädi-

gungslos enteignet werden konnte. Erst die "Überwindung der Grundrechte" habe den "Weg zu einer gerechten Sozialordnung freigegeben"(373).

Daß der streng durchgeführte Rechtsstaat den sozialen Aufgaben des modernen Staates nicht gerecht werden könne, hat Forsthoff auch nach 1945 in mehreren Arbeiten behauptet. Seit dem ersten Weltkrieg stellt er ständig wachsende Anforderungen an die sozialgestaltende Tätigkeit des Staates fest. Diese sozialstaatlichen Aufgaben setzten einen "Staat von hoher Wendigkeit und Aktionsfähigkeit" voraus, sie forderten "weniger kodifizierte Normen als lapidare Maximen des Handelns". Forsthoff meint 1949, man könne "diesen Staat konsequent so zu Ende denken, daß man beim Führerprinzip, der Ausschaltung des Parlaments und jedweder öffentlichen Kontrolle einer zur Selbstherrlichkeit erhobenen Verwaltung ankommt"(374). Freilich müsse man zugunsten eines solchen sozial aktionsfähigen Staates auf Mäßigung, Demokratie und Rechtssicherheit verzichten.

Sei man dazu nicht bereit, so müsse man "anscheinend" zwangsläufig verfassungsrechtliche Folgen in Kauf nehmen: Man gelange dann mit größeren oder geringeren Abweichungen zum Typus der Weimarer Verfassung. Denn die Demokratie "zwinge" zum Parlamentarismus, das Streben nach Rechtssicherheit "nötige" einmal zur Bindung der Verwaltung an die Schranken des Gesetzes, zum anderen zur Aufrichtung eines umfassenden Rechtsschutzes. Freiheit schließlich bedeute die Wiederherstellung der Grundrechte.

Daß dieser Weg bewußt in Bonn beschritten worden sei, vermag Forsthoff angesichts der "gewaltigen Aufgaben" nicht zu billigen, die der neu geschaffenen Bundesrepublik als Sozialstaat bevorstehen. Zweifelnd fragt er, ob die Verwaltung eines so verfaßten Staates schlagkräftig genug sein werde, "um mit Lastenausgleich, Wohnungsbau, Flüchtlingsversorgung und allem anderen fertig zu werden, soweit das menschenmöglich ist". Handle es sich doch dabei um einen Staat, der "zu einer Zeit zum Ziel bürgerlicher Wünsche erhoben wurde, als die Anforderungen, die heute an den Staat gestellt werden, noch unbekannt waren"(375).

Erst 1953 schwenkt Forsthoff unvermittelt um. Erst jetzt wird die strikte Beachtung des früher am stärksten kritisierten liberalen Grundrechts, der Eigentumsgarantie, zur verfassungsrechtlich gebotenen Begrenzung jeder sozialstaatlichen Maßnahme erhoben. An ihr sei zu messen, ob und wieweit der Rechtsstaat als primärer Wert sozialstaatlichen Anforderungen eröffnet werden könne. Erst im Zusammenhang mit dem Bestreben, gestaltende Eingriffe des demokratischen Gesetzgebers in die Wirtschafts- und Sozialordnung als Verstoß gegen die Prinzipien des Rechtsstaates zurückzuweisen, begründet Forsthoff die status-quo-Garantie als Wesensmerkmal des Rechtsstaates, und zwar auch aus dem klassischen rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff der generellen Norm, den er bis dahin für ungeeignet zur Lösung der sozialstaatlichen Aufgaben befunden hatte.

2. Die Aufgaben des Sozialstaates

Mit seiner These, der Sozialstaat lasse sich - als Steuerstaat - in den Formen des generellen Gesetzes und darum unter Aufrechterhaltung der bestehenden Güterverteilung verwirklichen, ändert Forsthoff allerdings auch seine frühere Auffassung von den Zielen des Sozialstaates.

Die erste ausführliche Darstellung der Aufgaben des Sozialstaates findet sich in der Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger" aus dem Jahre 1938. Ähnlich wie an späterer Stelle (376) legt Forsthoff dar, daß mit dem Schrumpfen des beherrschten Lebensraumes und der gleichzeitigen Ausdehnung des effektiven Lebensbereiches die "soziale Bedürftigkeit" des einzelnen immer größer werde. Unter sozialer Bedürftigkeit versteht er "die Lage, in der sich derjenige befindet, der sich die notwendigen oder über das Maß der Notwendigen hinaus erstrebten Lebensgüter nicht durch Nutzung einer eigenen Sache, sondern im Wege der Appropriation (ein Ausdruck Max Webers, den ich übernehme) zugänglich machen muß" (377). Sie sei nicht mehr mit der Armut, Krankheit oder sonstiger Not gleichzusetzen, sondern treffe als allgemeine Erscheinung den einzelnen in gewisser Weise unabhängig von seiner ökonomischen Lage.

Was zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses unternommen wird, nennt Forsthoff "Daseinsvorsorge"; die Verantwortung dafür bezeichnet er als "Daseinsverantwortung". Die individuelle Daseinsverantwortung des Liberalismus habe sich zunächst zur kollektiven Daseinsverantwortung entwickelt: Mit den großen sozialen Spannungen im 19. Jahrhundert beginne der Kampf der Arbeiterschaft um die im Lohn beschlossenen Appropriationsmöglichkeiten. Das Bestreben, seine Daseinsmöglichkeit in der Solidarität der sozialen Gruppe zu sichern, habe sich in der Weimarer Republik aufs äußerste zugespitzt und zu einer Situation geführt, "aus der sich eine klare Daseinsverantwortung nicht entwickelte" (378).

Der Nationalsozialismus habe diesen Zustand überwunden und die Daseinsverantwortung von Staat und Partei hergestellt. Die neu übernommenen Aufgaben als Sozialstaat (379) richteten sich, "allgemein gesprochen, auf eine gerechte, sozial angemessene Gestaltung der Appropriationschancen" und umfaßten folgende Funktionen:

> "1. Die Gewährleistung eines angemessenen Verhältnisses von Lohn und Preis, wobei das Recht auf Arbeit und einen angemessenen, durch Arbeit verdienten Lohn zugrunde liegt;
> 2. die Lenkung des Bedarfs, der Erzeugung und des Umsatzes;
> 3. die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist" (380).

Alle diese Fragen, wiederholt Forsthoff in der gleichen Arbeit, mündeten notwendig in einer "gerechten Sozialordnung" aus, die "mit dem strengsten Maß völkischer Gerechtigkeit gemessen werden muß" (381).

Forsthoff hat keinen Zweifel, daß es im 'Führerstaat' gelingen werde, dieses Problem einer gerechten Sozialordnung auf der Grundlage eines tieferen Ordnungsprinzips zu lösen. Die "lebenswichtige Verwiesenheit" des einzelnen auf die staatliche Daseinsvorsorge werde dazu führen, daß dem einzelnen die Teilhabe daran als Recht verbürgt werde. Schließlich, glaubt er, werde sich diese Entwicklung in einer Verfassung vollenden, "wie sie der Führer und Reichskanzler in Aussicht gestellt hat"(382).

In seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung von 1953 hat Forsthoff versucht, durch einen Verweis auf seine Ausführungen über Freiheit und Teilhabe aus dem Jahre 1938 den Eindruck einer Kontinuität seiner Ansichten hervorzurufen(383).

"Freiheit und Teilhabe", führt er aus, "sind die Kardinalbegriffe, die heute das Verhältnis des Einzelnen zum Staate bestimmen"(384). Dabei beziehe sich der Kardinalbegriff Freiheit auf einen Staat, der sich Grenzen setzt, der Bereiche aufrichtet, vor denen seine Gewalt halt macht. Man erinnert sich, daß Forsthoff aus der Sicht des 'Führerstaates' diese Freiheitsvorstellung des status negativus keineswegs als Kardinalbegriff zu würdigen gewillt war: 1933 wollte er sie als Produkt des Irrglaubens an die Menschheit als letztlich allein wesentliche Gemeinschaft bekämpfen, und 1938 erklärte er die Grundrechte als Ausdruck solchen Denkens für unbezweifelbar überholt.

Der andere Kardinalbegriff der Teilhabe war ihm zwar schon damals wesentlich. Aber der Unterschied seiner Ansichten ist hier nicht geringer. In seiner Schrift von 1938 erschien es ihm als entscheidende Aufgabe des mit der Daseinsverantwortung betrauten 'Führerstaates', diese Teilhaberechte - auch verfassungskräftig - zu g e w ä h r l e i s t e n. Die Gewährleistung eines angemessenen Verhältnisses von Lohn und Preis, basierend auf dem Recht auf Arbeit, zählte er als erstes unter diesen Teilhaberechten auf.

Dem parlamentarisch-demokratischen Sozialstaat traut Forsthoff die Lösung dieser Aufgabe nicht mehr zu. Nur die inzwischen wiederbelebten grundrechtlichen Ausgrenzungen könnten im Rahmen einer Verfassung, die rechtsstaatliche Prinzipien wahren will, gewährleistet werden. Bei den Teilhabeansprüchen des Sozialstaates - etwa dem Recht auf Arbeit - sei das nicht möglich. Der Sozialstaat sei nur in der Lage, solche Ansprüche zu "gewähren"; denn rechtsstaatlich gewährleisten könne man nur Bestehendes: den gesellschaftlichen status quo.

Hält Forsthoff für unmöglich, was ihm 15 Jahre früher mit Gewißheit durchführbar erschien, weil die Art der Gewährleistung im "Führerstaat" eine andere - freiere - sein kann als in einem Staat, der an die Prinzipien des Rechtsstaates gebunden ist? Oder spielen dabei noch andere Erwägungen eine Rolle? Man findet die Antwort, wenn man seine Auffassung von dem Wesen des Sozialstaates in den einzelnen Auflagen seines Lehrbuches des Verwaltungsrechts vergleicht.

Forsthoff stellt zunächst in allen Auflagen die gleiche Überlegung an: Solange ein Staat das System der Güterverteilung als vorgegeben behandle, unterstelle er, daß dieses System im Prinzip gerecht sei. Ein sol-

cher Staat bedürfe keiner umfassenden Konzeption der Daseinsvorsorge. Dieser Zustand habe bis zum ersten Weltkrieg bestanden.

Das ändere sich jedoch, sobald die Sozialordnung für den Staat nicht mehr Gegebenheit, sondern Aufgabe und Gegenstand bewußter Gestaltung sei. In diesem Falle liege nämlich dem Handeln des (Sozial-)Staates die Voraussetzung zugrunde, "daß die sozialen Zustände der Verbesserung bedürfen, daß sie nicht als grundsätzlich gerecht gelten dürfen"(385).

Nach diesen in allen Auflagen übereinstimmenden Ausführungen geht es unterschiedlich weiter. In der 1. Auflage, deren Plan und wesentliche Grundgedanken bereits vor Kriegsausbruch festlagen (386), schreibt Forsthoff:

> "Diese Voraussetzung kann sich nur realisieren, wenn ein Maßstab vorhanden ist, ein soziales Ideal, eine Vorstellung gerechter Daseinsgestaltung. Erst recht aber kann die staatliche Tätigkeit mit dem Ziele der Verbesserung der bestehenden Daseinsverhältnisse ohne eine konkrete Vorstellung von der richtigen und gerechten Sozialordnung nicht gedacht werden"(387).

Als der Staat nach dem Ende des ersten Weltkrieges dazu übergegangen sei, die Sozialordnung zu gestalten, habe er demgemäß solcher Prinzipien und Leitbilder notwendigerweise bedurft. Forsthoff meint, der Staat habe sie auch gefunden. Freilich hätten sie sich angesichts der neuen Situation, die in ihrer Tragweite nicht zu übersehen gewesen sei, nicht "sofort" eingestellt, sondern sich erst im "Laufe der Zeit" herausgebildet(388). Wer freilich den Hinweis auf die Skizze "Die Verwaltung als Leistungsträger" und die Äußerung im Vorwort ernst nimmt, die Notwendigkeiten und Fragestellungen seien auch "nach der Kapitulation" die gleichen geblieben, könnte diesen Termin genauer bestimmen. Er findet sich nämlich auf die Überzeugung des Autors verwiesen, daß das Sozialprogramm der Weimarer Verfassung an den Grundrechtsbestimmungen und vor allem an der Eigentumsgarantie scheitern mußte und daß gerechte Sozialgestaltung erst nach der Überwindung der Grundrechte möglich gewesen sei(389).

Hat Forsthoff wirklich an seiner "Gesamtkonzeption nichts geändert"(390), dann bleibt kein Zweifel: Er kann den von rechtsstaatlichen Prinzipien irregeleiteten Weimarer "Staat ohne Substanz" der Vorstellung von einer gerechten Sozialordnung gar nicht für fähig halten, sondern solche Leistungen erst dem 'Führerstaat' zubilligen. Erst der 'Führerstaat' hatte ja mit der Überwindung des Rechtsstaates den Weg zu gerechter Sozialgestaltung frei gemacht.

Oder will Forsthoff mit dem Hinweis auf die Kontinuität seiner Auffassungen doch nicht so streng beim Wort genommen werden? Will er aus gewandelter Sicht heraus zum Ausdruck bringen, daß sich Prinzipien und Leitbilder einer gerechten Sozialordnung doch schon im Laufe der Weimarer Republik herausgebildet haben?

In der 6. Auflage seines Lehrbuches, in der Forsthoff bisher vertretene Auffassungen aufzugeben bereit ist, weil er sich "eines hoffentlich

Besseren überzeugt" hat oder weil er Ansichten nicht mehr vertreten will, die "so eindeutig abgelehnt worden sind", erhält die entsprechende Stelle ein wesentlich anderes Gesicht.

Forsthoff glaubt nicht mehr, daß die gestaltende Tätigkeit des Sozialstaates ohne konkrete Vorstellung von der gerechten Sozialordnung "gar nicht gedacht" werden könne. Er findet nur, man sollte das eigentlich meinen. Aber die "Erfahrung" hat ihn inzwischen belehrt, "daß kein moderner Rechts- und Sozialstaat über ein konkret verstandenes soziales Ideal im Sinne einer umfassenden Konzeption verfügt. Er ist offenbar auch außerstande, es mit den funktionalen Mitteln, über die er verfügt, hervorzubringen" (392).

Auf diese Formulierung trifft Forsthoffs Behauptung, daß sich an seiner früheren Gesamtkonzeption nichts geändert habe, allerdings in vollem Umfange zu. Daß der "Rechts- und Sozialstaat" von Weimar über kein konkretes soziales Ideal verfügt habe, hatte er von jeher festgestellt. Das Naziregime dagegen hatte er niemals als "modernen Rechts- und Sozialstaat" bezeichnet. Er braucht daher auch nicht zu befürchten, dahingehend mißverstanden zu werden, als wolle er dem 'Führerstaat' nachträglich die Eignung absprechen, eine sozial gerechte Ordnung zu verwirklichen. Daß Forsthoff schließlich die Fähigkeit des "Rechts- und Sozialstaats" der Bundesrepublik bezweifelt, ein konkretes soziales Ideal zu konzipieren, geht aus seiner Schrift aus dem Jahre 1954 (393) hervor.

Aber das entscheidende Argument aus jener Schrift läßt Forsthoff diesmal weg. Nicht mit ihren "funktionalen Mitteln" als Rechtsstaat und als Sozialstaat war ihm nämlich die Bundesrepublik unfähig erschienen, ein soziales Ideal und eine konkrete Vorstellung von gerechter Sozialordnung hervorzubringen. Sondern er hatte ihr diese Fähigkeit abgesprochen, weil sich ihre politische Willensbildung nach den Prinzipien der parlamentarischen Demokratie vollzieht, weil sie der Elemente jener "Staatlichkeit" entbehrt, die im politischen Denken Forsthoffs die zentrale Rolle spielt.

Damit ist die Ausgangsfrage dieses Abschnitts erneut gestellt: Richtet sich Forsthoffs juristische Darlegung seiner Rechts- und Sozialstaatstheorie in allen ihren geschilderten Schwankungen unter verschiedenen Systemen politischer Willensbildung danach, ob diese jeweils Forsthoffs politischer Vorstellung vom Wesen autoritärer Staatlichkeit entsprechen?

Zu dieser Frage konnte im Verlauf der Arbeit bisher folgendes festgestellt werden:

1. Der Vergleich der Nachkriegsschriften Forsthoffs mit früheren Arbeiten ergab, daß der Wandel seiner Auffassungen über Rechts- und Sozialstaat mit dem Wechsel der politischen Systeme in Deutschland zusammenfällt. Die bedeutsamsten Unterschiede zeigten sich dabei zwischen den Nachkriegsbeiträgen und den Arbeiten, die aus dem Bekenntnis zum 'Führerstaat' heraus entstanden sind.

   Im Gegensatz zu diesem Tatbestand versucht Forsthoff, nach 1945 den Eindruck zu vermitteln, daß es

a) nur eine - unwandelbar gültige - Auffassung vom Rechtsstaat und vom Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat gebe und daß
b) seine eigenen Ansichten dazu über den Wechsel der politischen Systeme gleich geblieben seien.

2. In allgemeinen theoretischen Formulierungen geben Forsthoffs Nachkriegsschriften Aufschluß über die Auffassung des Autors, daß "echte Staatlichkeit" Neutralität des Staates gegenüber den gesellschaftlichen Teilinteressen voraussetze und daß sie als Ausdruck "objekver Geistigkeit" möglich und erstrebenswert sei.

3. Eine ausführliche Bewertung konkreter politischer Systeme nach diesem Kriterium objektiver Staatlichkeit enthalten die Nachkriegsschriften nur für die gegenwärtige Form der parlamentarischen Demokratie, und zwar mit deutlichem Bezug auf die Bundesrepublik. Forsthoff kritisiert heftig, daß unser gegenwärtiges Verfahren der politischen Willensbildung solche Elemente "echter Staatlichkeit" nicht enthalte.

4. Gegenüber dem monarchischen Staat und der Weimarer Republik finden sich in Forsthoffs Nachkriegsschriften nur einzelne Hinweise auf den Grad der damals erreichten "objektiven Staatlichkeit". In der Monarchie, schreibt Forsthoff, habe der allen gesellschaftlichen Bindungen entrückte Monarch die Staatlichkeit "vrrkörpert". Die Weimarer Verfassung habe mit der Volkswahl des Reichspräsidenten und der Institution des Berufsbeamtentums Mittel zur Gewinnung echter Staatlichkeit bereitgestellt. Die Nazizeit wird nach 1945 unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr erwähnt.

Um die oben gestellte Frage zu beantworten, reichen diese Ergebnisse nicht aus. Angesichts der Scheu Forsthoffs nach 1945, die Verbindung rechtlicher Argumente mit politischen Werturteilen aufzuzeigen, konnte nicht erwartet werden, daß er den Zusammenhang seiner neuerdings vorgetragenen Rechts- und Sozialstaatstheorie mit seiner Auffassung vom Wesen "echter Staatlichkeit" selbst zum Ausdruck bringt. Vielmehr begründet er seine Auffassungen in neueren Arbeiten teils mit dem Argument, daß eine korrekte Auslegung des Grundgesetzes andere Ergebnisse nicht zulasse, teils mit dem Anspruch, diese Darlegungen besäßen überzeitliche Gültigkeit.

Um diese Behauptung zu festigen, muß Forsthoff davon ausgehen, daß auch seine eigenen Ansichten im Laufe seiner wissenschaftlichen Tätigkeit keinen wesentlichen Schwankungen unterworfen gewesen seien. Sein Bemühen, den Eindruck einer Kontinuität seiner juristischen Theorien hervorzurufen, erweist sich für die Analyse des politischen Gehalts seiner Beiträge zur Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat als hinderlich.

Forsthoff verweist nämlich einerseits zu diesem Zweck auf solche frühere Darlegungen, in denen er gerade gegenteilige Ansichten über den Rechtsstaat und den Sozialstaat vertreten hat (394). Das enthebt ihn andererseits der Notwendigkeit darzutun, ob seine - uneingestanden - gegenteilige Rechts- und Sozialstaatstheorie im 'Führerstaat' von einer

unterschiedlichen Bewertung der "Staatlichkeit" dieses Systems begleitet war.

Hat Forsthoff in den verschiedenen Etappen seiner wissenschaftlichen Arbeit seine politische Auffassung vom Wesen "echter Staatlichkeit" in gleichem Maße geändert wie die juristische Begründung seiner Rechts- und Sozialstaatstheorie? Dann müßte der Versuch, seine Beiträge zur Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat von irgendeiner festen politischen Position abzuleiten, als unfruchtbar aufgegeben werden. Oder ist seine Vorstellung von dieser Staatlichkeit gleich geblieben, und läßt sich in seinen Schriften erkennen, in welchem Maße er in den jeweils bestehenden politischen Systemen - insbesondere in der nationalsozialistischen Diktatur - sein politisches Ideal erfüllt sieht?

Nur unter dieser Annahme kann versucht werden, an einem Vergleich der Schriften Forsthoffs aus verschiedenen Perioden unserer jüngsten Geschichte zunächst die Konsistenz seiner politischen Überzeugung aufzuzeigen. Es ist dann weiter nachzuweisen, daß sich gerade daraus die dargestellten Schwankungen seiner juristischen Argumentation und schließlich seine Stellung in der Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat der Gegenwart erklären lassen.

3. Teil

FORSTHOFFS STELLUNG ZUR PARLAMENTARISCHEN DEMOKRATIE UND IHRE BEDEUTUNG FÜR SEINE BEITRÄGE ZUR NACHKRIEGS-DISKUSSION ÜBER DEN DEMOKRATISCHEN UND SOZIALEN RECHTSSTAAT

I. Forsthoffs Konzeption der "autoritären Staatlichkeit"

1. Ihr Niederschlag in Forsthoffs Schriften

Schon in Forsthoffs Arbeiten aus dem Jahre 1932 findet sich eine erste Bemerkung, die auf sein Staatsideal schließen läßt. Er ist überzeugt von der "absoluten Überwertigkeit des Staates gegenüber den Individuen und den sozialen Gruppen" und vom "ethischen Anspruch des Staates auf Macht über die Glieder des Staatsvolks"(395).

Aber in den Mittelpunkt rückt seine Auffassung von "autoritärer Staatlichkeit" erst in den Schriften, die während der Nazizeit erschienen. Eines weiß Forsthoff schon damals sicher:

> "Die Gesellschaft hat nicht die Fähigkeit zur Autorität. Denn die Autorität verbindet sich nie dem Interesse. Autorität ist immer Ausdruck und Wirkung eines geistigen Ranges. Die Gesellschaft ist ein Pluralismus von Interessen, der keine Rangordnung in sich zu bilden vermag. Darum ist die Gesellschaft nicht fähig, Trägerin einer autoritär gezügelten, staatsbildenden und staatserhaltenden Kraft zu sein"(396).

Schon damals beruft sich Forsthoff als Kronzeugen für diese Auffassung auf Lorenz von Stein. Er zitiert(397) dessen Gedankengang, daß der Kampf und Gegensatz der gesellschaftlichen Klasseninteressen nur durch den Staat als "Träger der Harmonie aller Interessen" überwunden werden könne und daß der Staat "außerhalb der Gesellschaft seine persönliche Selbständigkeit finden" müsse. Einer Regierung, die "nur darum regiert, weil sie einen Auftrag des Volkes hat", traut Forsthoff so etwas nicht zu. Sie ist keine autoritäre Regierung; denn: "Autorität kann sich nicht aus der Immanenz des demokratischen Funktionalismus entwickeln":

> "Autorität ist nur aus der Transzendenz möglich"(398),

Forsthoff erläutert weiter:

> "Eine autoritäre Regierung braucht eine über alles Persönliche hinausgehende Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung muß eine metaphysische sein; sie muß eine Legitimität des Obrigkeitlichen neben dem Führungsmäßigen sein. Darum bedarf der Staat in seiner heutigen Gestalt einer ihm zugeordneten Weltanschauung, wobei die Weltanschauung hier in einem weiteren, die Religion mit umfassenden Sinn verstanden wird....

> Christliche Gläubigkeit vermag den Rang einer christlichen Obrigkeit zu begründen, aber auch eine säkulare Weltanschauung, etwa eine Geschichtsmetaphysik Hegelscher Prägung, kann die besondere Würde der Staatlichkeit und hoheitlichen Regierens einsichtig machen"(399).

Der Staat müsse sich deshalb ein tragendes Fundament schaffen, indem er "missionarisch" für die Erweckung einer "neuen, metaphysisch fundierten Staatsgesinnung"(400), nämlich der "bereitwilligen Aufgabe der bisherigen privaten Existenz" und der "Unterstellung unter das innerlich bejahte neue, totale Lebensgesetz des Staates"(401), tätig sei. Denn die eigentliche Lösung, schließt Forsthoff, liegt "im Gesinnungsmäßigen und nicht in der Technik der Organisation"(402).

Vergleicht man diese Schlußfolgerungen mit Forsthoffs Referat auf der Staatsrechtslehrertagung von 1953, dem ausführlichsten seiner Beiträge zur Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat, dann könnte der Eindruck entstehen, daß sich Forsthoffs Ansichten auch in diesem Punkt gewandelt hätten. Denn im Vortrag aus dem Jahre 1953 wird ja bei der Interpretation des Grundgesetzes entschiedener Nachdruck gerade auf die strikte Einhaltung und die Bedeutung der organisatorischen Vorkehrungen des Rechtsstaates gelegt.

Aber Forsthoff selbst beugt einem solchen Irrtum vor. Freilich erscheint es ihm zu diesem Zeitpunkt und in diesem Zusammenhang nicht angebracht, präzisere Vorstellungen über das Wesen autoritärer Staatlichkeit, über das, was jenseits der technischen Mittel des Rechtsstaates liegt, zu äußern. So beschränkt er sich zunächst auf den Hinweis, daß sich "die Staatsordnung nicht in der Technizität einer rechtsstaatlichen Verfassung erschöpfen" könne(403). Vom "demokratischen Prinzip", deutet Forsthoff an, sei dabei allerdings keine Hilfe zu erwarten. Auch dieses sei etwas rein Technisches, ein "Verfahrensprinzip, nach dem sich die Staatswillensbildung zu vollziehen hat". Es habe Grenzen, aber "keinen materiellen Gehalt"(404).

Wenig später geht Forsthoff etwas aus seiner Reserve heraus(405). Vorsichtig noch in die Form rhetorischer Fragen gekleidet, taucht die These wieder auf, gesellschaftliche Kräfte seien notwendig Teilinteressen verhaftet und daher zu materiell gerechten Entscheidungen nicht fähig, auf die sich die staatliche Autorität gründen müsse. Wieder beruft sich Forsthoff auf Lorenz von Stein und wiederholt seine Überzeugung, "echte Staatlichkeit" stehe über dem Ringen der gesellschaftlichen Interessen. Sie erlange damit ihre spezifische Autorität und Würde.

Mehr über diese Staatlichkeit, die man "aus keinem Staatshaushalt, aus keiner Verfassung, keinem Gesetz, keiner Regierungsanordnung entnehmen kann", erfährt man dann aus einem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer(406). Scharf wie eh und je und nicht, ohne auf Lorenz von Stein hinzuweisen, kritisiert Forsthoff das Interessentengewimmel in der Gesellschaft. Niemals könne man auf diesem Wege zu einer Ordnung gelangen, sondern allenfalls zum Mechanismus des Proporz, zu einem von zufälligen Machtgruppierungen

abhängigen System der Verhältnismäßigkeit. Denn die gesellschaftlichen Kräfte der politischen Parteien und der Verbände, unfähig zur Entfaltung von Autorität, entscheiden nach der Macht des Interesses. Das Wesentliche dagegen vermögen sie nicht: die einzelnen Teilinteressen gerecht gegeneinander abzuwägen.

Wieder sieht Forsthoff die Bedeutung der Staatsgesinnung. Überwunden werden muß der "eklatante Mangel an Staatsgesinnung", der "alle Merkmale eines in die Öffentlichkeit hineinprojizierten privaten Beliebens trägt(407).

Forsthoff weiß, worauf eine solche Erscheinung beruht. Mochte er seine Erkenntnis auf der Tagung seiner Fachkollegen noch nicht preisgeben, begnügte er sich vor der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft damit, sie anzudeuten, so hofft er jetzt, daß sie sein Auditorium selbständiger Unternehmer nicht "schockieren" möge:

> "Der Staat hat den Raum einer objektiven geistigen Staatlichkeit verloren oder - wenn es Sie nicht schockiert, möchte ich mit Hegel sagen - der Staat hat aufgehört, objektiver Geist zu sein. Und was das bedeutet, meine Damen und Herren, das werden wir in der näheren Zukunft in allen den Fragen erleben, die jetzt mit der Souveränität auf uns zukommen."(408)

Seit dem Ende der Monarchie und der Autonomie der bürgerlichen Gesellschaft habe sich "eine Problemlage ergeben, mit der wir bis heute noch nicht fertig geworden sind"(409).

Im 19. Jahrhundert beruhte das Gemeinwesen auf der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. In "objektiver Geistigkeit" konnte der monarchische Staat die Aufgabe lösen, die staatsbürgerliche Gleichheit zu wahren und den sozialen Ausgleich über einer Gesellschaft zu vollziehen, in der er das Prinzip der natürlichen Ungleichheit sich zunächst voll auswirken ließ. Nach dem ersten Weltkrieg haben sich jedoch Staat und Gesellschaft ineinander verschränkt. Der Staat lenkt die Gesellschaft, und diese bemächtigt sich des Staates in der Form von Parteien und Verbänden.

Seitdem bestünden zwei Möglichkeiten. Bemächtige sich die gesellschaftliche Ungleichheit des Staates, dann werde die staatsbürgerliche Gleichheit aufgehoben; der Staat werde zum Privilegienstaat. Weite sich hingegen die staatsbürgerliche Gleichheit auf den gesellschaftlichen Bereich zur umfassenden Gleichheit der Güterverteilung aus, dann werde der Staat ins Extrem gesteigert(410).

Forsthoff weist zwar auf die "Schwierigkeit der modernen Staatsgestaltung" hin, beide Fehllösungen zu vermeiden. Aber dabei läßt er es an dieser Stelle bewenden.

In anderem Zusammenhang gibt er in einem einzigen Satz seiner Überzeugung Ausdruck, daß dazu eine Politik - eine staatliche Autorität - vonnöten sei, "die mit der realistischen Sicht der Dinge eine konkrete Vorstellung vom Maße des Menschen und menschlicher Ordnung zu verbinden weiß"(411).

Auch eine weitere Formulierung aus der Nachkriegszeit ist nicht ergiebiger. Solle es dem wissenschaftlichen Geist beschieden sein, sich zu einem "missionaren Beruf" zu erheben, schreibt Forsthoff 1951, dann "würde er darin bestehen müssen, in den Ordnungen des Staates das Bild des Menschen wiederherzustellen"(412).

Nur einmal hat Forsthoff seine Vorstellungen vom Maß des Menschen und seinem Verhältnis zu den Dingen ausführlich dargelegt, und zwar im Jahre 1938, in der Arbeit, auf die er in seinen Nachkriegsschriften mehrfach verweist(413). Damals bewegte ihn "die Wiederherstellung des menschlichen Ranges im wissenschaftlichen Denken"; damals bedeutete ihm Verfassungsgebung "nicht zuletzt, den Menschen in ein angemessenes Verhältnis zu den Dingen zu setzen". Alles das aber brauchte Forsthoff nicht für eine unbestimmte Zukunft zu fordern, sondern er konnte feststellen, daß sein politisches Ideal bereits verwirklicht war: Er registrierte die "Wiederherstellung des Ranges des Menschen durch Wiedererrichtung seines Primates über die Dinge" als "Kernvorgang" einer Bewegung, die er von Anfang an spontan begrüßt hatte: des "Gemeinschaftsdenkens" und der "Aufrichtung des Führertums in Deutschland"(414).

Der 'Führerstaat', darüber war sich Forsthoff im klaren, besitze in hohem Maße "autoritäre Staatlichkeit". Die entscheidende Voraussetzung dafür, daß diese Staatlichkeit "repräsentiert" werden könne, nämlich ein neuer, nicht gesellschaftlicher Träger, sei gegeben. Es bestehe "eine nach eigenen Gesetzen lebende, besonderen Verantwortlichkeiten unterworfene Schicht", deren besonderer Rang nicht einmal mit dem Begriff der Elite vollständig erfaßt werden könne, sondern "in einem aristokratischen Sinne" verstanden werden müsse. Diese "hochqualifizierte, rassisch und geistig überragende Schicht" der "Auserlesenen" sei nicht nur innerhalb der Volksgemeinschaft umgrenzt, sondern "aus dem Volke herausgehoben". Gebildet habe sie sich durch die "Bewährung in einem unerhört zähen, mit gewaltigen Opfern an Blut, Gut und Freiheit durchgeführten Kampf um Staat und Volk"(415). Die "Führerpersönlichkeit an der Spitze des Staates" schließlich "symbolisiere" die autoritäre Staatlichkeit(416).

An dieser Stelle beschränkt sich Forsthoff also nicht darauf, seine politischen Vorstellungen theoretisch darzulegen. Bewußt und vorbehaltlos bekennt er, daß das nationalsozialistische Herrschaftssystem seinem Ideal "autoritärer Staatlichkeit" entspreche.

Mit deutlicher Verachtung bringt er zugleich zum Ausdruck, daß im Staat von Weimar nichts von alledem zu finden gewesen sei. Die konkreten, anwendbaren Vorschriften der Weimarer Verfassung seien der "Gedankenwelt des 19. Jahrhunderts" entnommen worden. Die "Grundsätze der parlamentarischen Demokratie und die Grundrechte in ihrem überkommenen Gehalt" hätten die "Verfassungsordnung einer vergangenen Zeit" restauriert(417). Aber in dieser vergangenen Verfassungsordnung konnte noch der allen gesellschaftlichen Bindungen entrückte König - und mit ihm die Armee und das Beamtentum - das Politische im Staat wirklich repräsentieren(418). Denn der Monarch besaß Autorität, weil er sie aus der Quelle schöpfte, aus der nach

Forsthoffs Überzeugung Autorität nur entstehen kann: aus der Transzendenz.

Aus dieser Auffassung mußte sich für Forsthoff ergeben, daß das "autoritäre Staatstum" nach dem Untergang der Monarchie in der parlamentarischen Republik verloren war. Während das Politische in der Monarchie seinen legitimen Standort - nämlich außerhalb der Gesellschaft - gehabt habe, sei es in der Weimarer Republik von dort "vertrieben" worden. Damit sei der Staat der "Entartung" verfallen, denn "allenthalben treten die gesellschaftlichen Mächte" nunmehr als politische Mächte auf. Die organisierten Interessen und "die auf dem gesellschaftlichen Interesse aufgebauten Parteien" erheben einen - illegitimen - "politischen Anspruch"(419).

Aus diesem Zustand der Entartung, meint Forsthoff, war Rettung nicht zu erwarten. Die "Verschleuderung des Politischen konnte ungehemmt geschehen, da es einen Staat, der diesem Treiben hätte Einhalt gebieten können, nicht gab"(420). Vielmehr sei der Staat "als bloße Apparatur" zu einem "Instrumentarium in der Hand des Stärkeren" geworden(421).

Genau das wirft Forsthoff heute dem System der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik vor. Bei der Analyse des Verlaufs, den die Gesetzgebung heute "nicht selten" nehme, kommt er wieder zu dem Ergebnis:

> "Dem Gesetz hat allein die Macht des Stärkeren zum Siege verholfen"(422).

Wie dem Reichstag der Weimarer Republik spricht er dem heutigen Gesetzgeber die Fähigkeit zur Autorität ab. Die gleiche Behauptung, die er aus der Sicht des 'Führerstaates' gegenüber der Weimarer Republik aufgestellt hatte, wiederholt er jetzt gegenüber der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik: Ein solcher Staat sei zu "sachlichen Entscheidungen ... wie gerecht - ungerecht" nicht imstande. Die Gewähr für die Sachlichkeit der Entscheidung des Gesetzgebers, heißt es jetzt, liege in dem "mit dem Verfahren gesicherten Zwang zur Versachlichung"(423). Solange am Gesetzgebungsverfahren unterschiedlich legitimierte Organe beteiligt waren, sei dieser Zwang ohne weiteres gegeben gewesen: in der konstitutionellen Monarchie mit dem Zusammenwirken des durch Volkswahl legitimierten Parlaments, der vom Monarchen legitimierten Regierung und des Monarchen selbst. Sogar der Weimarer Republik ist Forsthoff angesichts der traurigen Zustände in der Bundesrepublik bereit, nachträglich die Fähigkeit "der sachlichen Entscheidung und der Autorität" zuzubilligen: Er entdeckt, daß "den im Parlament formierten Parteien und den sonstigen gesellschaftlichen Kräften in dem Reichspräsidenten und dem Berufsbeamtentum das Element neutraler Staatlichkeit" gegenübergestanden habe(424).

Umso schwärzer beurteilt er die Chancen der Autoritätsbildung im heutigen Staat; denn alle die geschilderten früheren "Möglichkeiten der Auswägung stehen heute nicht mehr zu Gebote"(425).

Schließlich beseitigt er jeden Zweifel daran, daß seine Überzeugung, die parlamentarische Demokratie sei zur Bildung von Autorität unfähig,

trotz der späten Sympathien für die Weimarer Republik gleich geblieben ist. Unverändert kehrt das entscheidende Argument wieder, auf dem seine Kritik an Weimar beruhte: Hatte Forsthoff 1933 geschrieben, daß sich Autorität "nicht aus der Immanenz des demokratischen Funktionalismus entwickeln"(426) könne, so heißt es in einem Aufsatz aus dem Jahre 1955:

> "Die Ausleseprozesse der modernen Demokratie wirken nicht autoritätsbildend"(427).

1933 führt Forsthoff weiter aus, die Autorität im nationalsozialistischen Staat aktualisiere sich im Befehl. Jeder Befehl als Handlungsform der Autorität setze aber einen Rang voraus, "der ohne Rücksicht auf die persönlichen Qualitäten des Vorgesetzten die Legitimation zum Befehl erteilt"(428).

Dagegen schreibt er 1955:

> "Die Autorität in einem Staate wie dem unseren kann allein durch individuelle Leistung und Bewährung erworben werden"(429).

Warum sieht Forsthoff die Autorität des einzelnen "in einem Staate wie dem unseren" auf die individuelle Leistung verwiesen? Auch darauf gibt er an anderer Stelle die Antwort: weil dem Staat heute jene - von Forsthoff einst als einzig möglich erachtete - Autorität fehlt, die aus der T r a n s z e n d e n z kommt, weil der Staat aufgehört hat, "objektiver Geist zu sein"(430).

So mag die Bildung persönlicher Autorität auf der Basis individueller Leistung für Forsthoff einen Notbehelf in einem Staate bedeuten, von dem man Besseres nicht erwarten kann. Ausdruck "echter Staatlichkeit" kann sie ihm nicht sein.

Kann es da verwundern, wenn er die "mannigfachen immanenten Gefährdungen" des heutigen Sozialstaates, die sich aus den parlamentarisch-demokratischen "Methoden, Formen und Institutionen seiner Willensbildung" ergeben, mit einem "konservativen Schauer" betrachtet? Einst hatte er das rechtsstaatliche Streben, dem "Ding" Verfassungsstaat unterworfen sein zu wollen, kritisiert, weil es den Menschen zum "Gefangenen der Dinge" gemacht habe(431). Heute deutet er das Gefangensein in den "Verteilungsmechanismus des modernen Sozialstaates" als einen "Schwund echter Herrschaft"(432).

1938 hat Forsthoff die Politik begeistert gepriesen, die "der Kapitulation des Menschen vor den Dingen" ein Ende bereitet, die "angemessene Zuordnung der Dinge zu den Menschen" und damit "echtes Verfassungsdenken" wiederhergestellt habe: Das Gemeinschaftsdenken und die Aufrichtung des Führertums in Deutschland(433).

1954 prophezeit er, die Überwindung des Sozialstaates werde nur einer Politik gelingen,

> "die mit der realistischen Sicht der Dinge eine konkrete Vorstellung vom Maße des Menschen zu verbinden weiß, die sich in einer Zeit der Organisation, des Künstlichen und Manipulier-

ten den Sinn für das Echte, das Heile und Unversehrte bewahrt hat. Denn ab integro nascitur ordo"(434).

Angesichts derartiger Übereinstimmungen bedarf es keines zusätzlichen Nachweises dafür, daß Forsthoff seiner politischen Überzeugung und insbesondere seiner Einstellung zur parlamentarischen Demokratie über den Wandel der Zeiten und politischen Systeme hinweg treu geblieben ist.

In kritischer Auseinandersetzung mit Forsthoffs Anschauungen ist zunächst aufzuzeigen, auf welche geistesgeschichtlichen Ursprünge sie zurückzuführen sind. Die Aufgabenstellung dieser Arbeit erfordert dann den weiteren Nachweis, daß sich gerade aus der Konsistenz der politischen Grundvorstellung Forsthoffs Schwankungen seiner Rechts- und Sozialstaatskonzeption und schließlich seine Stellung in der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat erklären lassen.

2. Die geistesgeschichtlichen Ursprünge der politischen Vorstellungen Forsthoffs

a) Darstellung

Die Suche nach der geistesgeschichtlichen Herkunft der politischen Vorstellungen Forsthoffs erscheint zunächst leicht: Immer wieder hat Forsthoff seine Konzeption des sozialen Rechtsstaates auf Lorenz von Stein bezogen. Mehrfach verweist er auf die gleiche Stelle, an der Stein das Verhältnis zwischen Rechts- und Sozialstaat richtungweisend formuliert habe. Der Staat, heißt es dort, müsse einmal gegenüber allen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Unterschieden

> "die absolute Gleichheit des Rechts ... durch seine Gewalt aufrechterhalten, und in diesem Sinne nennen wir ihn Rechtsstaat. Er muß aber endlich mit seiner Macht den wirtschaftlichen Fortschritt aller seiner Angehörigen fördern, weil zuletzt die Entwicklung des Einen stets die Bedingung und ebenso sehr die Konsequenz der Entscheidung des Andern ist; und in diesem Sinne sprechen wir von dem gesellschaftlichen oder dem sozialen Staate"(435).

Entscheidend erscheint Forsthoff jedoch, welche Stellung Stein dem Staat gegenüber der Gesellschaft zuweist, um diese Aufgaben erfüllen zu können. Schon 1938 zitiert er dessen Gedankengang, daß der Kampf und Gegensatz der gesellschaftlichen Klasseninteressen nur durch den Staat als "Träger der Harmonie aller Interessen" überwunden werden könne und daß der Staat "außerhalb der Gesellschaft seine persönliche Selbständigkeit finden" müsse(436). Stein habe diesen "übergesellschaftlichen Rang des Staates" in dem "allen gesellschaftlichen Qualifikationen und Bindungen entrückten Monarchen" gesehen und habe damit die Monarchie "in der Konzeption des monarchischen Sozialstaates" gerechtfertigt(437). Darüber hinaus sei aber mit der von ihm geforderten Stellung des Staates über der Gesellschaft "das Grundproblem jeder Wirtschaftsverfassung in ihrer Zuordnung zu der politischen Gesamtverfassung berührt"(438).

Damit wird deutlich, auf welcher Grundvorstellung Forsthoffs politisches Denken beruht: Es ist die Vorstellung von einer 'Staatlichkeit', die "man aus keiner Verfassung, keinem Gesetz, keiner Regierungsanordnung entnehmen kann"(439), die - unabhängig vom Volke - vorgegeben ist und die außerhalb und über der Gesellschaft der Repräsentanz bedarf.

Diese Konzeption der 'Staatlichkeit' geht jedoch letztlich nicht auf Lorenz von Stein, sondern auf Hegel zurück. An einigen Stellen deckt Forsthoff diese Wurzel seines politischen Denkens selbst auf. Die "besondere Würde der Staatlichkeit", schreibt er 1933, könne durch "eine Geschichtsmetaphysik Hegelscher Prägung" einsichtig gemacht werden(440). 1955 möchte er "mit Hegel sprechen", wenn er im Hinblick auf die Bundesrepublik beklagt, der Staat habe "den Raum einer objektiven geistigen Staatlichkeit verloren", er habe "aufgehört, objektiver Geist zu sein"(441).

Der Staat als 'objektiver Geist', in der Würde eines 'Irdisch-Göttlichen' und dagegen die Gesellschaft als der Schauplatz des Ringens selbstsüchtiger Interessen, als der "Not- und Verstandesstaat"(422) - das führt mitten hinein in die Hegelsche Staatsphilosophie. Diese Gedanken Hegels bilden nicht nur den Kern der politischen Vorstellungen Forsthoffs, sondern sie stellen ihm zugleich die Kriterien, nach denen er die 'Staatlichkeit' konkreter politischer Ordnungen zu beurteilen unternimmt. Das Ergebnis dieser Bewertung wurde bereits dargestellt: So klar Forsthoff dem monarchischen Staat des 19. Jahrhunderts und der nationalsozialistischen Diktatur diese 'Staatlichkeit' und ihre 'Repräsentanz' bescheinigte, so sicher ist ihm andererseits, daß die parlamentarische Demokratie beides "verschleudert" habe.

Die vorliegende Arbeit soll aufzeigen, daß Forsthoffs juristische Beiträge zur deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat von der politischen Überzeugung geprägt sind, der parlamentarischen Demokratie sei die 'Staatlichkeit' im Sinne einer 'objektiven Geistigkeit' abzusprechen. Bevor diese These im letzten Abschnitt abschließend begründet wird, erscheint jedoch eine Zwischenbetrachtung erforderlich. Es ist darzustellen, daß sich den Zugang zum Verständnis einer freiheitlich-demokratischen Staatsauffassung notwendig verbaut, wer "mit Hegel glaubt, daß das Gemeinwohl als Staatsräson ... v o r g e g e b e n" sei(443). Das ist der gleiche Nachweis, dem Theodor Litts Hegelbetrachtung letztlich gewidmet ist: daß "eine gedankliche Konstruktion, die die Freiheit endgültig zu sichern bestimmt ist, in eine Verleugnung der Freiheit ausläuft"(444).

Die "gedankliche Konstruktion", von der die folgende kritische Betrachtung ausgehen soll, äußert sich gerade in der Formulierung Hegels, auf die sich Forsthoff noch in einer seiner neuesten Arbeiten(445) bezieht: "Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig"(446).

Vernünftig, und das heißt "nichts anders als: dem Gebot des alldurchdringenden Logos gemäß"(447), ist für Hegel zunächst die Geschichte des denkenden Erkennens. Der 'Logos' der Wissenschaft, das 'an und

für sich Vernünftige', bleibt in seiner Gültigkeit unangetastet, auch wenn er vorübergehend nicht erkannt wird. Im Gesamtprozeß des wissenschaftlichen Erkennens bleibt er trotz gelegentlicher Irrtümer als Ziel und Richtpunkt bestehen.

Aber Hegels Überzeugung von der Durchsetzung der Vernunft beschränkt sich nicht auf die Sphäre "des über die Wirklichkeit hinausliegenden Ideellen ..., an der der absolute Geist sein Reich hat"(448). Er sucht den 'Logos', das gültige Sinngefüge, auch im Bereich des 'objektiven Geistes', als dessen Krönung sich ihm der Staat darstellt. Wie es im Bereich der theoretischen Erkenntnis eine von der Zustimmung oder Ablehnung des Individuums unbeeinflußte, unangreifbare Wahrheit gibt, so ist hier "der objektive Wille das an sich in seinem Begriffe Vernünftige ..., ob es von einzelnen erkannt und von ihrem Belieben gewollt werde oder nicht"(449).

Das bedeutet: Was als Antwort auf die unendliche Vielfalt politischer Aufgaben und Forderungen jeweils zu geschehen hat, ist - unabhängig vom Handeln des Individuums - ideell vorgezeichnet. Es gibt in der Politik jeweils nur e i n e "in ihrem Begriff vernünftige" Lösung.

Nun sieht sich zwar Hegel selbst imstande, diesen objektiv gültigen Willen in den Erscheinungen der Welt zu deuten und das Ziel der Geschichte als 'Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit' in seiner Notwendigkeit zu erkennen. Doch das vermag erst der zur Höhe des absoluten Geistes emporgestiegene Philosoph, und er vermag es erst in der rückschauenden Besinnung auf das historische Geschehen: "Die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug"(450). Vom politisch Handelnden dagegen, der noch in der Sphäre des objektiven Geistes wirkt, kann Hegel solche Einsicht nicht erwarten. Hat er doch selbst das geschichtlich bedeutsame Handeln als Ausdruck der "Leidenschaft"(451) bezeichnet, als "Ausströmung eines Willens, der in seiner Unbändigkeit das genaue Gegenteil ist jener Haltung, zu der das Subjekt sich emporläutert, wenn es in der Sphäre des absoluten Geistes verweilt"(452). Unmöglich können die politisch handelnden Individuen daher den Logos der Geschichte im Auge haben. Wäre ihr Eigenwille wirklich entscheidend, dann gäbe es nicht nur keine Garantie dafür, daß sich die Vernunft im Lauf der Welt unfehlbar durchsetzt, sondern der Weg der Weltgeschichte führte von der Selbstentfaltung der Vernunft zwangsläufig ab. Wollte Hegel diese Möglichkeit einräumen, dann müßte er aufgeben, worauf sein ganzes System beruht: die unerschütterliche Überzeugung, daß das Wirkliche vernünftig sei.

Das Bestreben, dieser Konsequenz zu entgehen, führt Hegel zur Lehre vom W e l t g e i s t. Der einzelne Staat wird in die umfassende Einheit der Staatenwelt eingefügt. In dem Prozeß der Weltgeschichte, der aus den Selbstoffenbarungen des 'Weltgeistes' besteht, verkörpern die Staaten der jeweils führenden Völker die 'Volksgeister'. Diese sind "die Glieder in dem Prozesse, daß der Geist zur freien Erkenntnis seiner selbst komme", und die "welthistorischen Individuen ... haben... das Glück, die Geschäftsführer eines Zwecks zu sein, der eine Stufe in dem Fortschreitungsgange des allgemeinen Geistes bildet"(453).

Nun weiß Hegel zwar einerseits, daß gerade diese führenden Individuen in besonderem Maße von der 'Leidenschaft' ergriffen werden, die die Einsicht in dasjenige ausschließt, was vom 'Logos' gefordert wird. Die Ziele der handelnden Individuen und des Weltgeistes können daher gar nicht übereinstimmen. Wie aber vermag sich dann der Wille des 'Weltgeistes' durchzusetzen, wenn er doch gerade dieser aus der Leidenschaft entstehenden Aktionen bedarf, damit der Prozeß der Weltgeschichte in Gang gehalten wird? Es ist die 'List der Vernunft', die das zuwege bringt:

> "Nicht die allgemeine Idee ist es, welche sich in Gegensatz und Kampf, welche sich in Gefahr begibt; sie hält sich unangegriffen und unbeschädigt im Hintergrund und schickt das Besondere der Leidenschaft in den Kampf, sich abzureiben. Man kann es die List der Vernunft nennen, daß sie die Leidenschaften für sich wirken läßt, wobei das, wodurch sie sich in Existenz setzt, einbüßt und Schaden leidet. ... Die Individuen werden aufgeopfert und preisgegeben. Die Idee bezahlt den Tribut des Daseins und der Vergänglichkeit nicht aus sich, sondern durch die Leidenschaften der Individuen"(454).

Mit dem bisher aufgezeichneten Gedankengang werden die Hegelzitate aus Forsthoffs Schriften in einen Systemzusammenhang gestellt, ohne dessen gleichzeitige Übernahme die Staatsvorstellung Hegels nicht rezipiert werden kann. Die Wiedergabe dieses Ausschnittes aus dem Hegelschen System ging von der Überzeugung Hegels aus, die die Voraussetzung seiner Philosophie bildet: daß alles Wirkliche vernünftig sei. Es wurde aufgezeigt, wie der Gedankengang Hegels notwendig verlaufen mußte, wenn diese Voraussetzung aufrechterhalten werden sollte.

Damit ist der Punkt erreicht, an dem die Frage beantwortet werden kann, welche Konsequenzen dieses an das Axiom von der Alleinherrschaft des 'Logos' gebundene Denken Hegels in sich birgt. Die Antwort darauf wird zwei - scheinbar einander widersprechende - Ergebnisse enthalten: einerseits die metaphysische Überhöhung der 'Volksgeister' und ihrer Repräsentanten, andererseits die Entwürdigung des Menschen als eigenverantwortlicher Person.

1. Die 'Völkergeister', verkörpert durch die Staaten der führenden Völker, verkörpern in Hegels System den 'Weltgeist', "um dessen Thron sie als die Vollbringer seiner Verwirklichung, und als Zeugen und Zieraten seiner Herrlichkeit stehen"(455). Damit scheinen sie eine besondere Würde zu empfangen; auch wenn der 'Weltgeist' nicht mit dem 'absoluten Geist' gleichzusetzen ist, sondern noch immer der Wirklichkeit und dem Zeitlichen verhaftet bleibt. Und auch die 'weltgeschichtlichen Individuen' müssen an dieser Würde teilhaben, da sie doch mit ihren Handlungen letztlich der Verwirklichung des 'objektiven Willens' dienen. Dergestalt legitimiert, werden sie moralischer Beurteilung entzogen:

> "So haben solche welthistorischen Individuen allerdings in ihren großen Interessen andere für sich achtenswerte Interessen, heilige Rechte, leichtherzig, flüchtig, momentan, rücksichtslos behandelt, eine Behandlungsweise, die moralischem Tadel

ausgesetzt ist. Aber ihre Stellung überhaupt ist als eine andere zu fassen. Eine große Gestalt, die da einherschreitet, zertritt manche unschuldige Blume, muß auf ihrem Wege manches zertrümmern" (456).

Freilich gilt das alles nur, wenn diese Individuen den Geist des jeweils führenden Volkes "repräsentieren":

> "Dieses Volk ist in der Weltgeschichte, für diese Epoche - und es kann in ihr nur einmal Epoche machen - das herrschende. Gegen dies sein absolutes Recht, Träger der gegenwärtigen Entwicklungsstufe des Weltgeistes zu sein, sind die Geister der anderen Völker rechtlos, und sie, wie die, deren Epoche vorbei ist, zählen nicht mehr in der Weltgeschichte" (457).

Um dieses jeweils herrschende Volk und seine führenden Vertreter zu erkennen, bedarf es der Fähigkeit, die Pläne des 'Weltgeistes' zu erfassen. Nur auf Grund dieses Wissen ist es ja möglich, "einem jedem der weltgeschichtlichen Völker und geschichtlich wirkenden Individuen genau zu sagen ..., welches der Auftrag der Weltgeschichte war, den es erfüllte". Das vermag zunächst nur "das philosophierende Individuum, welches den Namen Georg Wilhelm Friedrich Hegel führt" (458).

Wie aber sollte man sich verhalten, wenn man in der Folgezeit die Hegelsche Staatsphilosophie als Ganzes übernahm? Man konnte "den Weltgeist mit Hegel ... identifizieren und seine persönliche politische Anschauung, den gemäßigten Monarchismus und das Bewußtsein um die preußische und deutsche Sendung, ... verabsolutieren" (459). Wenn jedoch die Monarchie durch andere politische Ordnungen abgelöst wurde, dann ließ sich diese Verabsolutierung zwar noch für die Staatsbeamten aufrechterhalten, die als "Hauptteil des Mittelstandes" die gebildete Intelligenz" und das "rechtliche Bewußtsein" verkörpern (460).

Aber den 'Volksgeist' mußte man nun selbst erkennen und damit die Rolle Hegels übernehmen. Weil jedoch "jener Volksgeist in der Erfahrung nirgends angetroffen wird", führte das in der Praxis zu der Auffassung, "daß jeder, der die Macht im Staate an sich zu reißen vermag, durch den Erfolg sein sittliches Recht erwiesen hat, das Volk zu repräsentieren und ihm frei von allen Rechtsgrundsätzen Gesetze zu geben" (461).

Die Übernahme der Hegelschen Gleichsetzung von Wirklichkeit und Vernunft wird damit zur Kapitulation moralischer Wertmaßstäbe vor der faktischen Gewalt. So läßt sich 1933 - für Forsthoff - schließlich auch die "besondere Würde" der nationalsozialistischen Diktatur durch eine "Geschichtsmetaphysik Hegelscher Prägung einsichtig machen" (462).

2. Doch die scheinbare metaphysische Überhöhung der Staaten und ihrer Repräsentanten hat in entscheidender Hinsicht ihre Erniedrigung zur Folge. Wohl sieht Hegel in der Stufe der dialektischen Entwicklung des Geistes, die über Familie und Gesellschaft zum Staat führt, die 'Verwirklichung der sittlichen Idee'. Aber das Bild des Staates - im Verhältnis zu den Individuen ein 'Irdisch-Göttliches' - ändert sich grundlegend, sobald der besondere Staat in die Staatenwelt einbezogen

wird. "Mit dem Eintritt in die Weltgeschichte gibt der einzelne Staat die ihm beigelegte Macht ohne Rest an den Weltgeist" ab. Denn "sein Verhalten ist von nun an einzig bestimmt durch die ihm selbst nach ihrem Inhalt unbekannten Absichten dieser leitenden Instanz"(463). Nur weil bei allen wesentlichen Handlungen nicht der Wille der politischen Führer, sondern der des 'Weltgeistes' der Idee zum Siege verhilft, ließ sich ja Hegels Überzeugung halten, daß sich die Vernunft in der Wirklichkeit der Geschichte durchzusetzen vermöge.

Mit der bedingungslosen Unterwerfung unter die Ziele des 'Weltgeistes', der sich "unbeschädigt im Hintergrund" hält, wird die Bedeutsamkeit des menschlichen Eigenwillens zum bloßen Schein. Nicht nur von der Göttlichkeit des Staates bleibt also wenig übrig. Es zeigt sich vor allem, "daß eine Geschichte, die über ihren ganzen Verlauf hin den Anweisungen eines überzeitlichen Logos gehorcht, die Subjekte, durch deren Wollungen und Handlungen sie sich realisiert, in die Stellung von Marionetten herabdrückt"(464).

Zwar werden die Menschen darauf verwiesen, sich zur Höhe des absoluten Geistes, zu vollständiger Einsicht in den Prozeß der Selbstentfaltung des Geistes emporzuarbeiten und damit zur 'Freiheit' zu gelangen. Aber was dem Menschen in dieser deterministischen Geschichtsbetrachtung als 'Freiheit' zugedacht wird, beschränkt sich auf die "Erkenntnis und Anerkennung des Notwendigen. Daß es keine äußere, formale Notwendigkeit ist, sondern eine innere, aus dem Geist stammende, ändert nichts an der Tatsache, daß die schöpferische Kraft des Menschen aufgelöst wird in die Funktion eben jener 'Geschäftsführung'"(465). Denn in dieser Degradierung geht dem Menschen verloren, was ihn zur Person macht: das selbstverantwortliche Leben und Handeln "aus eigener Mitte". Und eben darum läuft Hegels "gedankliche Konstruktion" in eine "Verleugnung der Freiheit" aus(466).

Was in Hegels Gedankengebäude mit dieser Konsequenz endet, nimmt für den Bereich des staatlichen Lebens seinen Anfang mit der Behauptung, daß auch hier ein 'objektiver Wille' vorgegeben sei, den die 'Volksgeister', verkörpert durch die Staaten und ihre führenden Repräsentanten, zu verwirklichen haben. Damit erscheint schließlich auch der Staat als etwas Vorgegebenes.

Es ist diese Auffassung einer unabhängig vom Volke vorgegebenen 'Staatlichkeit', die als Grundvorstellung in Forsthoffs politischen Denken aufgezeigt werden konnte. Und wie für Hegel die 'Persönlichkeit' des Staates "nur als eine Person, der Monarch, wirklich" ist(467), so bedarf auch für Forsthoff die 'Staatlichkeit' in der Realität der "Repräsentanz". Zwar ist das nach dem Wegfall der Monarchie nicht mehr der Monarch, sondern erst wieder der "Führer und sein Mythos"(468). Aber die wesentliche Forderung, die der 'Repräsentant' der Staatlichkeit erfüllen muß, bleibt bestehen: die "Stellung der für sich abgesonderten, über alle Besonderung und Bedingung erhabenen Spitze"(469). Von hier leitet sich Forsthoffs Überzeugung ab, die er bei Lorenz von Stein wiederfindet, daß der Staat "außerhalb der Gesellschaft seine persönliche Selbständigkeit finden" müsse(470). Seit dieser "übergesellschaftliche Rang des Staates" nicht mehr in dem

"allen gesellschaftlichen Qualifikationen und Bindungen entrückten Monarchen" gesehen werden könne (471), müsse eine "neue Repräsentanz der Staatlichkeit" geschaffen werden. Dazu bedürfe es "der Überwindung der Gesellschaft in der Schaffung eines neuen, nicht gesellschaftlichen Trägers der Staatlichkeit" (472).

Forsthoffs Vorstellung von der 'Staatlichkeit' und ihren Repräsentanten erweist sich damit als identisch mit der Auffassung Hegels und Steins über das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft:

> "Der Staat ist für diese Auffassung eine in sich abgeschlossene einheitliche Gestalt oberhalb der chaotischen Gesellschaft, die große objektive Käseglocke über dem Gewimmel subjektiver Interessen" (473).

Diese Überzeugung, auf der sich sein politisches Denken aufbaut, ist Forsthoff nie zweifelhaft geworden. Wie er 1933 in der Gesellschaft einen "Pluralismus von Interessen" sah, "der keine Rangordnung in sich zu bilden vermag" (474), so bezweifelt er nach 1945 die Fähigkeit "gesellschaftlicher Kräfte", "echt soziale Entscheidungen zu treffen" (475). Gesellschaftliche, Teilinteressen verhaftete und daher nicht staatliche Kräfte sind für Forsthoff zunächst die Verbände und die Parteien. Unmöglich können sie daher eine "Ordnung" herstellen, "sondern allenfalls zu einem Mechanismus des Proporz gelangen, zu einem System der Verhältnismäßigkeit, die sich nach den Zufälligkeiten der augenblicklichen Machtgruppierung richtet" (476). Aber auch das Parlament kommt für ihn - recht besehen - als Träger der 'Staatlichkeit' nicht in Frage. Auch im Parlament formieren sich ja "gesellschaftliche Kräfte", die Parteien, und wie er deren Tätigkeit beurteilt, geht aus der verzerrenden Darstellung hervor, die er vom Werdegang eines Gesetzes gibt (477): Die Macht des Stärkeren siege, von Sachentscheidungen könne dabei keine Rede sein. Vertraue man einem solchen Organ an, was der 'Repräsentant echter Staatlichkeit' ohne weiteres vermag, nämlich zu bestimmen, was sozial gerecht sei, dann seien "unübersehbare Diskriminierungen und Verwirkungen" die unvermeidliche Folge (478).

Demgegenüber findet Forsthoff in der parlamentarischen Demokratie der Gegenwart nicht mehr vor, wen er als 'Träger echter Staatlichkeit' zu akzeptieren bereit war: den Monarchen, den 'Führer' und - allenfalls - den vom Volke unmittelbar gewählten Reichspräsidenten. Und er muß feststellen, daß auch das Berufsbeantentum mit seinem auf das Ganze gerichteten Berufsethos "stark zurückgedrängt" wurde und "an verfassungspolitischem Gewicht verloren" hat (479).

Das Urteil Forsthoffs steht damit fest. Gegenüber den "agonalen Formen der heutigen demokratisch-parlamentarischen Willensbildung" vermag er nur einen "konservativen Schauer" zu empfinden (480). Denn ein solcher Staat hat "den Raum einer objektiven geistigen Staatlichkeit verloren" (481).

b) Kritische Analyse

Für den ideologischen Charakter dieses Glaubens an einen Standort des Staatlichen über den Parteien hat Gustav Radbruch die Worte geprägt, er sei "geradezu die Legende, die Lebenslüge des Obrigkeitsstaates" gewesen(482). Dieser vorgebliche Standpunkt über den Parteien war in Wirklichkeit nur e i n e r von anderen Parteistandpunkten, "von anderen nur dadurch unterschieden, daß er sich für den einzig möglichen, alle anderen Standpunkte aber für böswillig oder töricht hielt"(483).

Was für den Monarchen und die von ihm legitimierte Regierung beansprucht wurde, das gilt für Forsthoff für alle 'Träger echter Staatlichkeit': Sie allein hält er für berufen und fähig, einem vorgegebenen Gemeinwohl zu dienen; und alle Einflüsse gesellschaftlicher Gruppen, der Verbände und der Parteien, erscheinen letztlich nur dazu angetan, diese Aufgabe zu erschweren.

Mit dem Glauben an ein vorgegebenes Gemeinwohl und an die Möglichkeit, das 'Staatliche' außerhalb der Gesellschaft zu 'repräsentieren', steht Forsthoff ganz in der Nachfolge Hegels und Lorenz von Steins. Von diesen Voraussetzungen aus unternimmt er es auch, die Wirklichkeit des heutigen Staates zu analysieren und die politische Ordnung des Grundgesetzes zu interpretieren. Von beiden Voraussetzungen her muß dieser Versuch scheitern.

1. Das Axiom von der vorgegebenen Staatlichkeit, die ihren Standort außerhalb der Gesellschaft habe, hindert Forsthoff, den Staat "als geschichtliche Struktur und zwar als Funktion innerhalb der Totalität des konkreten geschichtlich-gesellschaftlichen Gefüges"(484) zu erkennen. Nur indem man dieses Gesamtgefüge einander ergänzender und einander bedingender Funktionen begreift, läßt sich auch die politische Funktion in diese "gesellschaftliche Wirkungsstruktur"(485) einordnen. Die Politik ist "nur eine der gesellschaftlichen Funktionen neben anderen ... und die Überhöhung des Staates ein auf Deutschland beschränkter metaphysischer Aberglaube"(486). Wer den Versuch macht, den Staat als 'objektiven Geist' und seine Repräsentanten als Träger 'objektiver geistiger Staatlichkeit' vom Leben der Gesellschaft zu lösen, der behält schließlich - in der Formulierung Hermann Hellers - "ein Nichts in der Hand. Denn der Staat ist nichts anderes als eine menschlich-gesellschaftliche Lebensform"(487).

Hält man sich diese funktionale Gliederung vor Augen, dann gewinnen auch die Gruppenbildungen innerhalb der Gesellschaft eine andere Bedeutung und eine unterschiedliche Beziehung zum Staat:

> "Die Parteien sind ein Ausdruck der politischen Funktion genauso wie Behörden und Parlamente. Die Verbände sind Ausdrücke bestimmter wirtschaftlicher Funktionen neben den Betrieben und Haushalten oder bestimmter Bildungsfunktionen neben Schulen, Hochschulen, Zeitungen usw. Die Kirchen verkörpern die Funktion der Integration"(488).

Aus dieser Sicht gehören die Parteien "rechtmäßig und unmittelbar in die Politik". Sie bilden die Bindeglieder zwischen den Kräften der Gesellschaft und den politischen Institutionen. "Ohne die Träger- und

Mittlerschaft der Parteien ist es unter den Bedingungen der Gegenwart nicht möglich, die frei sich bildenden politischen Antriebe den institutionalisierten Organen der politischen Willensbildung zuzuführen" (489).

2. Der Erkenntnis dieser Zusammenhänge steht im politischen Denken Forsthoffs das zweite von Hegel übernommene Axiom entgegen: daß das Gemeinwohl als 'objektiver Wille' vorgegeben sei, daß er erkannt oder verfehlt, niemals aber aus menschlicher Entscheidung erst gebildet werden könne. Es ist die Vorstellung einer "vorstaatlichen politischen Harmonie und Willensübereinstimmung" (490), die mit der demokratischen Staatsauffassung unvereinbar ist.

Schon 1787 wird im zehnten Artikel des Federalist (491) geschildert, wie "in allen zivilisierten Nationen" notwendigerweise wirtschaftliche und soziale Interessen bestehen, die eine Nation in verschiedene Klassen mit verschiedenen Gefühlen und Ansichten spalten: "Interessen der Grundbesitzer, der Industrie, des Handels, Geldinteressen und viele andere von geringerer Bedeutung". Dann heißt es weiter:

> "The regulation of these various and interfering interests forms the principal task of modern legislation, and involves the spirit of party and faction in the necessary and ordinary operations of government".

Die gleiche Einsicht, die dieser Schilderung zugrunde liegt, findet sich im gegenwärtigen politischen Denken Englands. Ernest Barker nennt sie "the agreement to differ and compromise": Man muß sich darüber einig sein, daß man sich unterscheidet, "daß die Wahrheit in mehr als einer Gestalt auftritt, daß ihre Elemente gesammelt, und nicht nur gesammelt, sondern versöhnt werden müssen, bevor sie auf den Thron gesetzt werden kann" (492). Nur dann verdiene eine politische Ordnung den Namen Demokratie, wenn der Wille der Mehrheit so viel von den berechtigten Interessen der Minderheiten in sich aufgenommen habe, daß ihn alle dulden und sich niemand gegen ihn empört. Erst am Ende dieses Prozesses habe man sich so weit wie menschenmöglich dem genähert, was man Gemeinwohl nennen könne (493).

Diese "Ausbalancierung der verschiedenen politischen und sozialen Kräfte" (494) müssen die Parteien vornehmen; darin liegt ihre unentbehrliche Funktion in der Demokratie. Sie "gleichen die Gruppeninteressen schon in ihrem Bereich aus, machen sie für andere zumutbar, transponieren das Sonderinteresse in das Gemeinwohl, das allerdings nicht vorgegeben, sondern nur aus der Konkurrenz zu entwickeln ist" (495).

Forsthoff kann diese Funktion der Parteien nicht erfassen, weil er nach Trägern einer außerhalb und über der Gesellschaft stehenden 'Staatlichkeit' sucht, die ein vorgegebenes Gemeinwohl verwirklichen sollen. Er kommt nicht los von der Ansicht Hegels und Steins, daß "gesellschaftliche Kräfte" wie die Parteien die Organe des Staates bei der Lösung dieser Aufgabe nur stören.

Diese Auffassung hindert Forsthoff nicht nur allgemein am Verständnis der demokratischen Staatsauffassung, sondern auch bei der Interpretation der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. Er muß zunächst die

Stellung verkennen, die den Parteien im Grundgesetz gerade aus der Einsicht in ihre Funktion im Prozeß der demokratischen Willensbildung zukommt. Denn die Tragweite des Satzes 'Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit' (Art. 21 I 1 GG) "wird nur deutlich, wenn er in dem Zusammenhang gesehen wird, in den er hineingestellt ist: die Entscheidung für eine demokratische Ordnung (Art. 20 I GG)" (496). Eben diesen Bestandteil der 'Staatszielbestimmung' vom "demokratischen und sozialen Rechtsstaat" versucht Forsthoff darum, als Verfahrensprinzip ohne materiellen Gehalt (497) aus seiner Konzeption des sozialen Rechtsstaates zu isolieren. Die Übernahme der Staatsauffassung Hegels und Steins versperrt ihm die Einsicht, daß der Normenkomplex des Grundgesetzes den Versuch darstellt, das "Bild der freiheitlichen Demokratie, das dem Grundgesetzgeber als Leitbild vorgeschwebt (hat), ... zu realisieren" (498). Damit wird es ihm unmöglich, die Staatszielbestimmung des demokratischen und sozialen Rechtsstaates als Einheit zu interpretieren. Im KPD-Urteil (499) hat das Bundesverfassungsgericht diese Zusammenhänge aufgezeigt.

Es hat als eine der "Grundanschauungen der freiheitlichen Demokratie" die angelsächsische Auffassung übernommen, daß das Gemeinwohl nur als Ergebnis des ständigen Ausgleichs zwischen sozialen Interessen und Kräften, politischen Ideen und den sie vertretenden Parteien erwartet werden könne. Nur dies sei

> "der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens - nicht in dem Sinne, daß er immer objektiv richtige Ergebnisse liefere, denn dieser Weg ist a process of trial and error (I. B. Talmon), aber doch so, daß er durch die ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gibt" (500).

Aus dieser Grundanschauung der freiheitlichen Demokratie hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Stellung der politischen Parteien nach dem Grundgesetz hergeleitet. Es hat damit zugleich die Auffassung, "daß die geschichtliche Entwicklung durch ein wissenschaftlich erkanntes Endziel determiniert und daß folglich auch die einzelnen Gemeinschaftsentscheidungen als Schritte zur Verwirklichung eines solchen Endzieles inhaltlich von diesem her bestimmt werden können" (501), als unvereinbar mit der freiheitlich-demokratischen Ordnung des Grundgesetzes aufgezeigt. Denn diese Ordnung beruhe auf der Würde des Menschen als oberstem Wert. Danach sei der Mensch als eine "mit der Fähigkeit zur Eigenverantwortung begabte 'Persönlichkeit'" zu achten und zu schützen: Er "wird deshalb als fähig angesehen, und es wird ihm demgemäß abgefordert, seine Interessen und Ideen mit denen der anderen auszugleichen" (502).

Dieses Menschenbild des Grundgesetzes rückt in das Zentrum des politischen Geschehens die menschliche Entscheidung, die selbst verantwortet werden muß. Es schließt damit notwendig die Absage an jede Auffassung ein, die diese Entscheidungen durch die Annahme einer dialektischen Bewegung entwertet, deren Endziel sie als feststehend betrachtet und erkannt zu haben glaubt.

> "Vielmehr gestalten die Menschen selbst ihre Entwicklung durch Gemeinschaftsentscheidungen, die immer nur in größter Freiheit zu treffen sind. ...
>
> Wenn als leitendes Prinzip aller staatlichen Maßnahmen der Fortschritt zu 'sozialer Gerechtigkeit' aufgestellt wird, eine Forderung, die im Grundgesetz mit seiner starken Betonung des 'Sozialstaats' noch einen besonderen Akzent erhalten hat, so ist auch das ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip. Was jeweils praktisch zu geschehen hat, wird also in ständiger Auseinandersetzung aller an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen und Gruppen ermittelt. Dieses Ringen spitzt sich zu einem Kampf um die politische Macht im Staat zu. Aber es erschöpft sich nicht darin. Im Ringen um die Macht spielt sich gleichzeitig ein Prozeß der Klärung und Wandlung dieser Vorstellungen ab. ...
>
> Daß diese Ordnung funktionieren, daß sie das Gesamtwohl schließlich in einer für alle zumutbaren Weise verwirklichen könne, wird durch ein System rechtlich gesetzter oder vorausgesetzter Spielregeln sichergestellt, die sich ... in einer langen historischen Entwicklung ergeben haben. ...
>
> Es besteht das Ideal der 'sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates'" (503).

Mit diesen Ausführungen hat das Bundesverfassungsgericht zu der Diskussion beigetragen, die aus dem Bestreben entstanden war, die Staatszielbestimmung des Grundgesetzes vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat zu interpretieren. Sein Beitrag macht deutlich, daß jeder derartige Interpretationsversuch scheitern muß, wenn er den Begriff des 'sozialen Rechtsstaates' vom gleichzeitigen Bekenntnis des Grundgesetzes zur Demokratie isoliert. Daß dieses Bekenntnis zu einer demokratischen Ordnung den Verzicht auf die Fiktion eines vorgegebenen Gemeinwohls und der - unabhängig von menschlichen Willensentscheidungen - ebenfalls vorgegebenen Staatlichkeit notwendig einschließt, bildet den Kern der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts. Damit deckt sich die Auffassung, die Konrad Hesse auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1958 vorgetragen hat:

> "Deshalb muß jede Sicht, die von den fiktiven Voraussetzungen einer vorgegebenen Einheit des Volkes, eines einheitlichen Volkswillens und der Vorstellung eines dem Volke gegenüberstehenden substanzhaft verkörperten Staates ausgeht, das Wesen der politischen Ordnung des Grundgesetzes notwendig verfehlen" (504).

Damit ist jedoch eine wesentliche These Forsthoffs zunächst noch nicht zurückgewiesen: Wenn es keine übergesellschaftlichen Träger einer neutralen Staatlichkeit gebe, dann habe der Staat auch keine Autorität und Würde. Denn nur in ihrer übergesellschaftlichen Stellung, argumentiert Forsthoff, erlangen die Träger wahrer Staatlichkeit "ihre spezifische Autorität und Würde" (505). Halten wir diese beiden Begriffe auseinander.

Es ist richtig, daß die Wirklichkeit des demokratischen Staates die Annahme ausschließt, die "besondere Würde der Staatlichkeit" könne durch "eine Geschichtsmetaphysik Hegelscher Prägung" einsichtig gemacht werden (506). Aber dieser Verzicht auf die metaphysische Überhöhung des Staates als Vollstrecker der absoluten Vernunft bedeutet nicht, daß die politische Ordnung damit ihre besondere Würde verliert. Sie wird jedoch aus einer anderen Staatsauffassung begründet. Wie der Staat als eine "Funktion innerhalb der Totalität des konkreten geschichtlich-gesellschaftlichen Gefüges" (507) begriffen wird, so liegt auch die Würde der politischen Ordnung in ihrer lebenswichtigen Funktion, das Gemeinwesen vor der Bedrohung von innen und außen zu schützen:

> "Hier ist wirklich der Anlaß, von der besonderen Würde der politischen Ordnung zu sprechen, denn hier liegt die Verantwortung für Leben und Tod und für den Bestand des Gemeinwesens. Nur kommt diese Würde nicht der Anstalt 'Staat' zu, sondern jedem beamteten und nichtbeamteten Träger dieser Verantwortung" (508).

Eben deshalb aber bedarf die Demokratie der Gegenwart der Autorität. Forsthoff stellt sich die Frage "Hat der Staat noch Autorität?" im Titel eines Beitrages aus dem Jahre 1955 (509). Er verneint sie mit doppelter Begründung. Einmal verweist er auf "die Tatsache, daß der moderne Staat institutionelle Autorität nicht mehr hervorbringt". Zum andern wiederholt er seine Überzeugung, aus der er 1933 das Scheitern der Weimarer Republik begründet hatte:

> "Die Ausleseprozesse der modernen Demokratie wirken nicht autoritätsbildend" (510).

Unmittelbar im Anschluß daran folgen die Sätze:

> "Die Autorität in einem Staate wie dem unseren kann allein durch individuelle Leistung und Bewährung erworben werden; daß dies in der Tat bei mehreren Politikern der Bundesrepublik in einem bedeutenden Umfang geschehen ist, ist ein großes positives Faktum" (511).

Betrachtet man diese drei zitierten Stellen zunächst gesondert, dann ist weder gegen Forsthoffs erste Feststellung noch gegen die dritte etwas einzuwenden. "Die Autorität liegt nicht bei Elementen, die für diesen Zweck ausgesondert werden, sondern sie kann nur noch als personale Autorität innerhalb der verschiedenen Einrichtungen der politischen Ordnung liegen" (512).

Daß man diese Beobachtungen macht, entscheidet für sich genommen noch nicht über die Einstellung zur parlamentarischen Demokratie der Gegenwart. Aber Forsthoff verbindet diese Feststellungen mit der These, daß sich in der Bundesrepublik zufällige personale Autorität gerade nicht als Ergebnis, sondern trotz der Ausleseprozesse der modernen Demokratie gebildet habe. Aus seiner Überzeugung, daß diese Ausleseprozesse die Bildung von Autorität prinzipiell verhindern, muß ihm das als besonderer Glücksfall erscheinen. Hier zeigt sich die Wurzel seines Unbehagens gegenüber "einem Staat wie dem unseren", einem Staat also, in dem Zufallsautorität nur im Gegensatz zu seinen Auslese-prinzipien auftritt.

Auch die Einsicht, daß in ihm Autorität nur noch durch die Anerkennung der Leistung erworben werden kann, führt Forsthoff nicht zum Verständnis der parlamentarischen Demokratie der Gegenwart, weil sie sich nicht mit der Erkenntnis verbindet, daß sich solche Autorität nur aus den Ausleseprinzipien der Demokratie zu entwickeln vermag.

Zwar weiß man nicht, wen Forsthoff bei dem Zugeständnis im Auge hat, es sei immerhin "mehreren Politikern der Bundesrepublik in bedeutendem Umfang" gelungen, durch Leistung und Bewährung Autorität als Person zu erwerben. Wer immer es aber auch sein mag: Wie sollte solche Autorität anders entstanden sein als aus den "Auslese-prozessen der modernen Demokratie", nämlich aus der Konkurrenz der politischen Parteien?

Es läßt sich nur eine Erklärung dafür finden, daß Forsthoff diese Tatsache nicht zur Kenntnis nimmt: Sie paßt nicht zu seiner Überzeugung, die er immer wieder unverändert vorgetragen hat, daß gesellschaftliche Kräfte unfähig seien, aus sich heraus Autorität hervorzubringen.

Nach 1945 hat es Forsthoff vermieden darzulegen, wie anders sich Autorität nach seiner Vorstellung bilden soll, wenn sie aus der Konkurrenz der politischen Gruppen nicht zu erwarten ist. Damit bleibt unklar, ob er neben seiner Auffassung, Autorität sei nicht aus der 'Immanenz des demokratischen Funktionalismus' zu entwickeln, auch seine eigenen Autoritätsvorstellungen aus früherer Zeit beibehalten hat. Diese Autoritätsvorstellungen hat Forsthoff 1933 aus der Überzeugung vorgetragen, daß sie nur durch die Überwindung der demokratischen Gleichsetzung von Regierenden und Regierten zu verwirklichen seien:

> "Voraussetzung des autoritären totalen Staates ist die Aufrichtung und praktische Durchführung der Unterscheidung zwischen Regierenden und Regierten, und zwar einer Unterscheidung, die nicht nur eine äußerliche ist, sondern auf wirkliches Anderssein zurückgeht und die demokratische Identitätslehre sachlich negiert. ...
>
> Man ... muß den besonderen Rang der staatlichen Führerschicht in einem aristokratischen Sinne verstehen (womit auch die Überwindung des Demokratismus vollkommen deutlich wird)" (513).

Hinge Forsthoff diesen Autoritätsvorstellungen heute noch an, dann könnte seine Skepsis nicht erst bei den 'Ausleseprozessen der modernen Demokratie' einsetzen. Sondern schon die Feststellung, daß Autorität nur noch durch individuelle Leistung und Bewährung erworben werden kann, müßte ihn unbefriedigt lassen. Denn seine Führerschicht ist ja gerade keine Elite, die sich aus der Leistung rechtfertigen muß. Ihre Autorität beruht auf ihren "besonderen geschichtlichen Verantwortlichkeiten" (514), die man aus einer 'Geschichtsmetaphysik Hegelscher Prägung' herleiten kann. Und sie ist eine geschlossene Elite: In ihrem "qualitativen Anderssein" lebt sie "nach eigenen Gesetzen" (515).

Hierin beruht ein entscheidender Gegensatz zu den Anforderungen, die an eine demokratische Elite gestellt werden müssen: "Eine demokratische Elite muß offen sein", vor allem "in dem Sinne, daß sie sich der öffentlichen Kritik jederzeit stellt. Das ist nicht nur unbequem, das ist sachlich für Bestand und Leistung einer solchen Elite gefährlich. Denn die Kritik der Massen ist emotional bedingt, durch Demagogen leicht zu beeinflussen und vor allem sehr kurzfristig schwankend"(516).

Aber die Feststellung dieser Gefahren muß sich mit der Erkenntnis verbinden, daß es nur eine Alternative gibt. Entweder bekennt man sich zu diesem "Experiment der Demokratie, jedem Staatsbürger Verantwortung für das Ganze anzuvertrauen"(517) - oder zum totalen Staat. Daß Forsthoff diese Entscheidung in seinen Nachkriegsbeiträgen nicht trifft, muß angesichts seiner früher publizierten Autoritätsvorstellungen bedenklich erscheinen.

Forsthoff bleibt zwangsläufig bei der Feststellung stehen, daß die moderne Demokratie keine Autorität hervorbringe, wenn er das "Experiment der Demokratie" nicht zu bejahen vermag. Erst aus der Zustimmung zu diesem Experiment könnte die Einsicht folgen, daß im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates alle Ansätze zur Bildung und Sicherung von Autorität gefördert werden müssen, um die Gefahren dieses Experiments zu verringern, "um nicht die Vielfalt der Gesellschaft an den totalen Staat zu verlieren"(518). Dazu müßte er allerdings eindeutig klären, wie er heute zu seiner Auffassung von 1933 steht, "diese Art gesellschaftlichen Denkens mit aller Schonungslosigkeit auszurotten" sei die "vornehmste Pflicht" des Staates; denn die "Totalität des Politischen" müsse "im totalen Staat ihre Form finden"(519).

1933 hat Forsthoff geschildert, was die "Totalität des Politischen" für das Leben des einzelnen bedeuten müsse:

> "Der totale Staat muß ein Staat der totalen Verantwortung sein. Er stellt die totale Inpflichtnahme jedes einzelnen für die Nation dar. Diese Inpflichtnahme hebt den privaten Charakter der Einzelexistenz auf. ... Nicht daß der Staat bis in die kleinsten Zellen des Volkslebens hinein Gesetze und Befehle ergehen läßt, ist wesentlich, sondern, daß er auch hier eine Verantwortung geltend machen kann, daß er den einzelnen zur Rechenschaft ziehen kann, der sein persönliches Geschick nicht dem der Nation völlig unterordnet"(520).

MacIver hat die Gefährlichkeit dieses organischen Staatsdenkens für das Individuum und für die freie gesellschaftliche Gruppenbildung aufgezeigt:

> "Denn dann sind wir alle nichts weiter als Zellen, die im Leben keine andere Funktion haben, als dem Staate zu dienen, und alle die freien Organisationen, die von menschlichen Gruppen gebildet werden, sind nichts weiter als die Organe des Staates, und wenn sie dies zu sein sich weigern, dann werden sie als Krebsgeschwüre betrachtet und erbarmungslos aus dem 'Staatskörper' herausgeschnitten"(521).

Wer dem Totalitätsanspruch des Politischen absagen will, der muß den "tödlichen Fehler" erkennen, den er enthält: "In ihm ist kein geeigneter Platz für die Selbstbestimmung, die Initiative, das Selbstsein, die Persönlichkeit des Individuums" (522). Er muß zugleich erkennen, daß die Demokratie mehr ist als ein Verfahrensprinzip ohne materiellen Gehalt; denn die Verfahren demokratischer Willensbildung mit allen ihren Gefahren erhalten ihren Sinn erst aus dem Grundwert der freiheitlichen Demokratie: der Würde der menschlichen Person. Nur dann kommt man von der Betrachtung los, die die Demokratie als inhaltloses Verfahrensprinzip von einem formalen Rechtsstaatsbegriff isoliert, dessen Formen und Institutionen zum Eigenwert erhoben werden. Man kann es nicht besser ausdrücken als mit den Worten Werner Kägis:

> "'Demokratie' ist etwas ganz anderes als eine wertneutrale Form, als ein bloßes Verfahren der Willensermittlung, als die Technik der Mehrheitsentscheidung. 'Demokratie' ist der Inbegriff einer Ordnung, welche auf einem ganz bestimmten Verständnis des Menschen und der menschlichen Gemeinschaft beruht. Ihr Grundwert ist die menschliche Person, die in ihrer Berufung zur Freiheit und zur Verantwortung in der Gemeinschaft ernst genommen wird. Nur wo der Wille zu dieser Freiheit und zu dieser Verantwortung in der großen Mehrheit eines Volkes lebendig ist, kann es überhaupt Demokratie geben; nur solange hat auch das komplizierte Verfahren demokratischer Willensbildung überhaupt einen Sinn. Die rechtliche Verankerung und Sicherung dieser Grundwerte der Demokratie aber ist der Rechtsstaat. Der Rechtsstaat ist die Form, durch die ein politisch reifes Volk sich selbst begrenzt" (523).

Die kritische Analyse der politischen Anschauungen Forsthoffs und ihrer geistesgeschichtlichen Herkunft bildet für den Fortgang dieser Arbeit nur eine notwendige Zwischenstufe. Es ist nun weiter aufzuzeigen, daß sich gerade aus der Konsistenz dieser Auffassungen Schwankungen der Rechts- und Sozialstaatskonzeption und schließlich die Stellung Forsthoffs innerhalb der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat erklären lassen.

Zwar bieten die Nachkriegsschriften Forsthoffs dafür nur in einer einzelnen Nebenbemerkung (524) einen Anhaltspunkt. Aber durch eine offene Stellungnahme "im Dienste der politischen Aktion" hat Forsthoff zu einem früheren Zeitpunkt - 1933 - die Lösung dieser Aufgabe erleichtert. An dieser Stelle wird deutlich, ob er der Garantie des gesellschaftlichen und ökonomischen status quo als rechtsstaatlichem Wesenskern wirklich 'Ewigkeitswert' beimißt oder ob er diese Forderung davon abhängig macht, in welchem Umfang jeweils bestehende politische Systeme seiner Vorstellung von "autoritärer Staatlichkeit" entsprechen.

II. Die gegenwärtige Rechts- und Sozialstaatstheorie Forsthoffs als Abwehrideologie gegenüber der parlamentarischen Demokratie

In der Schrift "Der totale Staat" behandelt Forsthoff das Verhältnis zwischen den Strukturelementen des formalen Rechtsstaates und den sozialen Aufgaben, die der Staat im 20. Jahrhundert zu bewältigen habe. Unter dem Eindruck der 'Errichtung des Führertums' besteht für ihn kein Zweifel, daß diese Aufgaben "unter Abwendung von allen Formalisierungen eines das Wesentliche verfehlenden rechtsstaatlichen Denkens"(525) zu lösen seien.

Er erläutert, warum das der Weimarer Republik habe nicht gelingen können. An der Verfassung lag es nicht. Denn bei deren Abfassung sei die Notwendigkeit, "im Zeichen des sozialen Gedankens und der Angleichung der Klassengegensätze zu neuen Formen der Staats- und Gemeinschaftsgestaltung zu schreiten", durchaus empfunden worden(526). Diese Erkenntnis habe sich auch im letzten Teil der Weimarer Verfassung niedergeschlagen: neben den Bestimmungen über die soziale Verpflichtung des Eigentums in der Forderung nach gerechter Verteilung von Grund und Boden. Was Forsthoff heute als Kern seiner Auffassung vom Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat präsentiert, wird dabei mit keinem Wort erwähnt: daß nämlich eine solche Forderung, die auf die Umgestaltung der bestehenden Eigentumsordnung ziele, innerhalb einer im übrigen rechtsstaatlichen Verfassung nicht zu verwirklichen sei. Vielmehr heißt es weiter:

> "Der fundamentale Irrtum von Weimar war der, zu glauben, ein solcher Staat ließe sich errichten in den Formen eines liberal-demokratischen Parlamentarismus, durch Diskussion, Abstimmung und den Vollzug der auf solche Weise zustande gekommenen Gesetze. Man erkannte nicht, daß dazu ein geeintes Volk, ein wirklich politisches Volk und eine überlegene, von taktischen Augenblickserwägungen freie Staatsführung gehört hätte, daß dazu nur ein wirklicher Staat befähigt wäre, der die Weimarer Republik nicht sein konnte und nicht sein wollte"(527).

Nicht die strukturelle Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Formbestandteilen verhindert also den Zugriff auf die bestehende Güterverteilung, sondern die Willensbildungsprinzipien der parlamentarischen Demokratie. Nicht weil die Weimarer Republik zugleich Rechtsstaat sein wollte, sondern weil es ihr - nach dem Untergang der Monarchie - nicht gelang, eine neue "Repräsentanz der Staatlichkeit" zu finden, mußte sie an der Aufgabe scheitern, als Sozialstaat den ökonomischen status quo anzugreifen.

Daß der 'Führerstaat', der im Gegensatz zur Weimarer Republik einen "neuen, nicht gesellschaftlichen Träger der Staatlichkeit" geschaffen hat, bei der Erfüllung seiner sozialstaatlichen Aufgaben nicht an den status quo gebunden ist, ergibt sich dann für Forsthoff von selbst. Im Gegenteil, erst "die Überwindung der Grundrechte" - und zwar "vor allem der Eigentumsgarantie" - hat "den Weg zu einer gerechten Sozialgestaltung freigegeben"(528).

Hingegen muß Forsthoff der Bundesrepublik ebenso wie der Weimarer Republik die Fähigkeit absprechen, die soziale Ordnung unter Aufhebung der bestehenden Eigentumsverhältnisse - etwa im Wege der Bodenreform - neu zu gestalten. Hat man einmal erkannt, daß sich Forsthoffs rechtsstaatliche Forderungen nach dem Grad 'autoritärer Staatlichkeit' richten, die er den jeweiligen politischen Systemen zuerkennt, dann muß diese Konsequenz als zwangsläufig erscheinen: Noch weniger als unter der Weimarer Republik vermag Forsthoff ja in dem gegenwärtigen Staat Ansätze zur Autoritätsbildung zu erkennen.

Die These allerdings, daß die Bindung an die bestehende Eigentumsordnung für jeden Rechtsstaat Geltung beanspruche, erweist sich dann angesichts der zitierten Ausführungen zur Weimarer Reichsverfassung als irreführend. Vielmehr erklärt sich der Nachdruck, mit dem Forsthoff in seinen Schriften seit der Gründung der Bundesrepublik die Gewährleistung des güterrechtlichen status quo fordert, aus seiner Skepsis gegenüber der parlamentarischen Demokratie: Er erscheint als das Bemühen, sozialgestaltende Maßnahmen eines Staates abzuwehren, dessen politische Willensbildung sich nach Prinzipien vollzieht, von denen Forsthoff sachliche Entscheidungen wie gerecht - ungerecht nicht zu erwarten vermag.

Eindeutig hat Forsthoff im Referat auf der 12. Staatsrechtslehrertagung dargelegt, warum er es ablehne, das Wort 'sozial' in dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat polemisch, gegen die bestehende Güterverteilung gerichtet zu interpretieren. Dann könne nämlich die Verfassung ihre rechtsstaatliche Gewährleistungsfunktion nur im Rahmen dessen ausüben, was die jeweilige Mehrheit und ihre Regierung unter 'sozial' verstünden:

> "In diesem Falle wäre die Formel sozialer Rechtsstaat ein Mittel zu unübersehbaren Diskriminierungen und Verwirkungen"(529).

Von dieser Einstellung Forsthoffs muß man auch ausgehen, wenn man seinen Versuch verständlich machen will, dem Rechtsstaat, dem der Zugriff auf die Güterverteilung verwehrt ist, dennoch einen Weg zur Bewältigung seiner sozialen Aufgaben zu eröffnen. In seinen auf die Bundesrepublik bezogenen verfassungsrechtlichen Schriften vertritt Forsthoff die Auffassung, daß sich der rechtsstaatlich gebundene Sozialstaat dazu ausschließlich der Steuerhoheit bedienen könne. Die Möglichkeiten des parlamentarischen Gesetzgebers, die Sozialordnung zu gestalten, erschöpften sich in der Verteilung des Sozialprodukts.

Diese These bringt Forsthoff jedoch in logische Schwierigkeiten. Einerseits legt er dar, daß der moderne Sozialstaat seine Verteilungsfunktion nur dann gerecht wahrnehmen könne, wenn er zu sachlichen Entscheidungen in der Lage sei. Andererseits läßt er keinen Zweifel daran, daß er das unter dem gegenwärtigen System der Willensbildung in der parlamentarischen Demokratie nicht für gewährleistet hält. Dennoch will er diesem Staat die sozialen Gestaltungsmöglichkeiten der Steuerpolitik anvertrauen, - ohne hierbei sein Mißtrauen gegenüber dem Gesetzgeber zu wiederholen.

Nun sieht sich Forsthoff außerstande, die Tatsache zu übergehen, daß jeder Staat unter den modernen sozialen Verhältnissen zur Erfüllung seiner sozialen Aufgaben gezwungen und verpflichtet ist. Es bleibt ihm daher nichts übrig, als selbst dem parlamentarischen Gesetzgeber Möglichkeiten dazu einzuräumen.

Indessen ist angesichts seines Mißtrauens gegenüber der sozialen Gerechtigkeit demokratischer Mehrheitsentscheidungen zu bezweifeln, daß ihn diese Lösung befriedigen kann. Nicht weil er die Verteilung des Sozialprodukts als ausreichend für die Gestaltung einer gerechten Sozialordnung erachtet, will er die parlamentarische Demokratie auf diesen Teil der Handhaben beschränken, die in der Steuerhoheit beschlossen liegen. Sondern diese Beschränkung ist ebenso politisch motiviert wie die anderen Schwankungen seiner rechtsstaatlichen Postulate und seiner sozialstaatlichen Konzeption:

Die eine Seite dieser politischen Motivierung hat Forsthoff vor der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer offenbart. Sie besteht in der Überlegung, daß der Rechtsstaat - und das heißt, das bestehende System der Güterverteilung - "gegen den Druck der sozialen Mächte nicht mehr gehalten werden könnte", wenn er nicht - wenigstens - als Steuerstaat seine sozialen Aufgaben erfülle (530).

Aus dieser ersten politischen Erwägung läßt sich die zweite, entscheidende ableiten. Der Steuerstaat bildet das Mittel, um ein größeres Übel abzuwenden. Im Zusammenhang mit der These von der status-quo-Garantie als Wesensbestandteil des Rechtsstaates dient er als soziales Ventil, mit dessen Hilfe wenigstens die bestehende Eigentumsordnung vor dem Zugriff eines Staates bewahrt werden kann, dem Forsthoff eine g e r e c h t e Umgestaltung der Eigentumsverhältnisse nicht zutraut. Er kann es nicht, einmal, weil er ihm jegliche Ansätze zur Autoritätsbildung und zur daraus entstehenden sachlichen Entscheidung abspricht; zum anderen, weil er ihn für unfähig hält, soziale Leitbilder hervorzubringen, wie sie ehedem auf der Grundlage der "völkischen Gerechtigkeit" im 'Führerstaat' zu entwickeln gewesen seien.

In welchem Umfang Forsthoffs juristische Ausführungen unter verschiedenen politischen Systemen davon abhängig sind, ob er diesen "autoritäre Staatlichkeit" zuzubilligen vermag, läßt nicht nur seine allgemeine Auffassung vom Wesen des Rechtsstaates und den Grenzen des Sozialstaates erkennen. Aus den gleichen Motiven ergibt sich auch seine Begründung der Notwendigkeit des Berufsbeamtentums.

Zwar versucht Forsthoff auch hier - wie in anderen Fällen - den Eindruck zu erwecken, als ob seine Auffassungen gleich geblieben seien und unabhängig von der jeweiligen Staatsform Geltung besäßen. In seinen Nachkriegsschriften erblickt er die Bedeutung des Berufsbeamtentums für j e d e n Staat in der Funktion, ein Element der neutralen Staatlichkeit zu repräsentieren, die - zumindest angesichts der deutschen Entwicklung - k e i n Staat entbehren könne (531). Der moderne Flächenstaat, von den Juristen hervorgebracht und auf seinem Wege begleitet, habe zu allen Zeiten keinen anderen Sinn gehabt als den, "die menschenwürdige Existenz der Staatsgenossen zu sichern". Erst "unser Staat" begehe mit dem Bestreben, die neutralisierende Funktion

des Berufsbeamtentums zu schwächen und den Juristen aus der Verwaltung zu verdrängen, einen verhängnisvollen Fehler: Damit führe man "einen anderen Staat mit anderen Zielen herauf" (532).

Aber die Beweiskraft der These vom überzeitlichen Wert des juristisch vorgebildeten Berufsbeamtentums als "Wahrer neutraler Staatlichkeit" wird erheblich abgeschwächt, wenn man Forsthoffs Stellung zu dieser Frage im totalen Staat damit vergleicht. Im Jahre 1933 charakterisiert Forsthoff den Berufsbeamten als einen "im Rahmen einer Behörde und innerhalb bestimmter, durch Gesetz und allgemeine Anweisungen festgelegter Berechenbarkeiten präzise und fachtechnisch richtig arbeitende(n) Träger staatlicher Funktionen" (533). Das Berufsbeamtentum, erläutert er weiter, habe zwar in der Zeit des Parteienstaates diese Funktion ausüben müssen: Dem Parteienstreit entrückt, sollte es "jenseits aller politischen Auseinandersetzung echte Staatlichkeit gewährleisten und zur Darstellung bringen". Doch diese Funktion habe "mit der Überwindung des Koalitionsparteienstaates ... ihre Bedeutung verloren". In den vom totalen Staat neu übernommenen Bereichen entspreche es den "gültigen Lebensgesetzen des neuen Staates", daß nicht der Berufsbeamte, sondern der Kommissar als staatlicher Funktionär auftrete. Im Gegensatz zum Beamten fungiere der Kommissar "kraft ihm erteilter Vollmacht"; er entscheide "unter eigener Verantwortung" (534).

An einem weiteren Beispiel erweist sich schließlich am klarsten, wie sich die Auffassungen Forsthoffs geradezu in ihr Gegenteil verkehren, je nachdem, ob sie auf die parlamentarische Demokratie oder den 'Führerstaat' bezogen sind.

In einem Vortrag über "Die Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Gesamtverfassung" wendet sich Forsthoff im Jahre 1951 der Frage zu, ob es möglich sei, eine Vertretung der wirtschaftlichen Interessen - etwa in der Form eines Bundeswirtschaftsrats - zu errichten. Er stellt dazu zunächst fest, dabei könne es sich nur um eine "Vertretung der einzelnen Wirtschaftsinteressen in ihrem angemessenen Verhältnis" (535) handeln. Gerade dieses angemessene Verhältnis aber bilde das eigentliche Problem. Denn während die politische Demokratie von der Kopfzahl ausgehen könne, seien die wirtschaftlichen Interessen nicht quantifizierbar. Er erklärt kategorisch:

> "Alle Versuche, hier zu festen Maßstäben zu kommen, ... müssen scheitern." (536).

Mit dem sachlich gleichen Problem - bezogen auf den Reichswirtschaftsrat - hat sich Forsthoff 1933 beschäftigt. Damals verriet er auch, warum die Weimarer Republik an der Aufgabe scheitern mußte, die Mandatszuweisung zum Reichswirtschaftsrat in ein angemessenes Verhältnis zu bringen: Er erblickte den Grund darin, daß es der parlamentarischen Demokratie "an einem tieferen Ordnungsprinzip fehlte" (537).

Nachdem es aber - durch Macht - gelungen sei, das "organisierte Interesse in seine Schranken zu verweisen und den Staat wieder in eine Sphäre des Ranges zu erheben, in der die partikularen Interessen kein Gehör mehr zu finden vermögen", sieht Forsthoff das Problem anders. Das ganze soziale Leben, das, was man bisher "die Gesellschaft"

genannt habe, lasse sich nämlich "einheitlich ausrichten und organisieren", wenn es nicht mehr durch den "organisierten Gruppenegoismus" gekennzeichnet sei:

> "Eine totale Gemeinschaftsgesinnung, das Bewußtsein einer totalen Verantwortung, hebt jedwedes Interesse in einem neuen Bewußtsein gliedschaftlicher Zugehörigkeit zur Gemeinschaft auf" (538).

Auf dieser "Gesinnungsgrundlage" habe, nachdem bereits die zur Repräsentanz der Staatlichkeit berufene Herrschaftsordnung errichtet worden sei, die zweite Aufgabe des totalen Staates in Angriff genommen werden können: die Aufgabe, eine 'berufsständische Volksordnung' zu schaffen.

Im Rahmen dieser "totalen Gemeinschaftsordnung" erscheint Forsthoff durchführbar, was er in der parlamentarischen Demokratie von Weimar und heute für unmöglich hält. Nun brauchen die bisher rein gruppenmäßig vertretenen Interessen nicht mehr ignoriert zu werden, sondern sie können als "berufsständische Anliegen ... ihre Vertretung haben und ihre Berücksichtigung finden". Nun hört auch die "Frage der richtigen Placierung dieser Anliegen und der angemessenen Mandatszuteilung in einer zu errichtenden berufsständischen Kammer auf, ein Problem zu sein". Alle diese Schwierigkeiten sind "in dem Augenblick" überwunden, "in dem ein Führerstand vorhanden ist, der die Staatlichkeit und die staatliche Autorität wirklich repräsentiert" (539).

Warum das alles so sei, offenbart Forsthoff schließlich in einem einzigen Satz, der sein ganzes politisches Glaubensbekenntnis mit unüberbietbarer Deutlichkeit enthüllt:

> "Denn die aus der Repräsentanz der autoritären Staatlichkeit getroffene Entscheidung trägt die Gewähr der Richtigkeit in sich" (540).

Wer dieser Auffassung ist, kann allerdings gegenüber einer solchen autoritären Staatlichkeit weder die formalen Strukturelemente noch die status-quo-Garantie des Rechtsstaates, noch die Beschränkung des Sozialstaates auf den steuerlichen Verteilungsmechanismus, noch das Gegengewicht des Berufsbeamtentums als "neutraler Kraft" für notwendig und sinnvoll erachten.

Alle diese Elemente der heutigen Rechts- und Sozialstaatstheorie Forsthoffs sind damit ihrer überzeitlichen Geltung entkleidet. Sie erweisen sich als Abwehrideologie gegenüber der parlamentarischen Demokratie, deren Mehrheitsentscheidungen die Gewähr der Richtigkeit weder "in sich tragen", noch eine Richtigkeit aus den Prinzipien ihrer Willensbildung heraus zu erlangen vermögen.

Die Wandlungen in Forsthoffs juristischer Argumentation und seine Stellung innerhalb der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat lassen sich auf eine politische Grundeinstellung zurückführen, die über den Wechsel der staatlichen Ordnungen hinweg Bestand gehabt hat. Es ist die Überzeugung, daß der parlamentarischen Demokratie weder zieme noch gelinge, was dem 'autoritären' Staat erlaubt und möglich sei.

Schluß

Es war das Ziel dieser Arbeit, die Abhängigkeit juristischer Theorien von politischen Wertungen an den Beiträgen Ernst Forsthoffs zur deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat aufzuzeigen. Dabei erwies es sich als notwendig, zunächst die Veröffentlichungen Forsthoffs in den Zusammenhang mit den Beiträgen anderer Autoren zu bringen: Erst aus dem Bestreben, sich mit deren Argumenten und Absichten auseinanderzusetzen, wird die Art der Beweisführung verständlich, aus der sich Forsthoffs Stellung in der Diskussion ergibt.

Weitete sich damit die Analyse der Arbeiten Forsthoffs zur Untersuchung eines Ausschnitts aus der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat aus, so ergab sich zugleich die Möglichkeit, in der vergleichenden Analyse der entgegengesetzten Positionen die These dieser Arbeit zu verifizieren. Die gegensätzlichen juristischen Erwägungen bei der Interpretation der Staatszielbestimmung vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat ließen sich auf eine unterschiedliche politische Einstellung zurückführen: auf die Stellung der einzelnen Autoren zur parlamentarischen Demokratie.

Sie konnte bei Forsthoff erst im Vergleich seiner Nachkriegsschriften mit früheren Arbeiten aufgezeigt werden. Zunächst wurde Forsthoffs Auffassung deutlich, die Demokratie sei lediglich ein Verfahrensprinzip der Staatswillensbildung ohne materiellen Gehalt. Dann konnte seine Überzeugung nachgewiesen werden, daß dieses Willensbildungsprinzip der parlamentarischen Demokratie zur Autorität nicht fähig sei. Es wurde ersichtlich, daß er diese Ansicht - entgegen seiner Behauptung - nicht erst für die gegenwärtige Form des Parlamentarismus, sondern mit gleicher Begründung von jeher vertreten hat. Schließlich offenbarte sich ein Wandel in Forsthoffs Demokratiebegriff: Er sah in ihr nicht mehr nur ein inhaltloses Verfahrensprinzip, sondern ein materielles Ziel: das Streben nach Gleichheit. Aber diese egalitäre Tendenz, die der Demokratie innewohne, bewertete er als weiteren Grund dafür, daß die Bildung staatlicher Autorität erschwert, ja unmöglich gemacht werde.

Daraus ergab sich Forsthoffs Konzeption des sozialen Rechtsstaates im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung. Er konnte die Gestaltung der Sozialordnung dem demokratischen Gesetzgeber, dem er Autorität nicht zuzubilligen vermochte, im Grunde gar nicht anvertrauen. Daß er ihm die Möglichkeiten der Steuerhoheit eröffnete, stellt sich daher als unbefriedigende Kompromißlösung dar: Einmal bleibt sie weit hinter dem zurück, was Forsthoff dem 'Führerstaat' an sozialen Aufgaben zugewiesen hatte. Zum andern wird in dieser Konzeption Forsthoffs der Sozialstaat ausschließlich zu einem Staat der finanziellen Leistung und Verteilung. Diese Aufgabe kann unter jedem politischen System gelöst werden; nach Forsthoffs Auffassung umso besser, je mehr ein solches System "autoritäre Staatlichkeit" besitzt. Gerade der parla-

mentarischen Demokratie der Gegenwart spricht Forsthoff jedoch diese "Staatlichkeit" ab.

Als geistesgeschichtliche Wurzel dieser politischen Grundvorstellung Forsthoffs(541) wurde die Staatsauffassung Hegels und Steins aufgezeigt. Ihre kritische Analyse diente dem Nachweis, daß ihre Übernahme Forsthoff am Verständnis der demokratischen Staatsauffassung hindern mußte: Die Annahme einer vorgegebenen, außerhalb der Gesellschaft repräsentierten Staatlichkeit und die Fiktion eines vorgegebenen Gemeinwohls erwiesen sich als unvereinbar mit dem Grundwert der freiheitlichen Demokratie, der Würde der selbstverantwortlichen menschlichen Person.

Es zeigte sich zugleich, daß ohne dieses Verständnis die Staatszielbestimmung des Grundgesetzes vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat nicht als Einheit zu interpretieren ist. Die Überzeugung, daß die parlamentarische Demokratie der Gegenwart keine "Staatlichkeit" besitze, führte Forsthoff dazu, den sozialen Rechtsstaat von dem gleichzeitigen Bekenntnis des Grundgesetzes zur Demokratie zu isolieren. Er erhob die Institutionen des formalen Rechtsstaates zum 'Eigenwert' und bezeichnete die Entscheidung des Grundgesetzes für diesen Rechtsstaatsbegriff als 'primär und evident'. Da in dieser Entscheidung die Garantie des ökonomischen status quo enthalten sei, müsse der Verfassungsauftrag zu sozialstaatlicher Gestaltung daran seine Grenze finden. Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes sei für diese Konzeption des sozialen Rechtsstaates ohne Bedeutung; es habe als bloßes Verfahrensprinzip keinen materiellen Gehalt.

In dieser - bei der Verfassungsinterpretation vertretenen - Auffassung Forsthoffs, die Demokratie sei lediglich ein inhaltloses Verfahrensprinzip, als dessen Ergebnis sachliche Entscheidungen nicht zu erwarten seien, zeigt sich der entscheidende Unterschied zu den Beiträgen der Autoren, die die Gegenposition in der deutschen Nachkriegsdiskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat einnehmen. Zwar enthalten diese Beiträge inhaltliche Unterschiede, die sich aus dem jeweils behandelten Einzelthema ergeben. Aber ihr gemeinsamer Ausgangspunkt besteht in der Erkenntnis, daß sich die Demokratie nicht in der Anwendung bestimmter Verfahrensprinzipien erschöpfe, die in den Dienst jeder beliebigen politischen Zielsetzung gestellt werden können. Sinn und Berechtigung dieser Verfahrensprinzipien werden vielmehr erst darin gesehen, daß nur sie dem Menschenbild gerecht werden, auf dem die Demokratie beruht: der Anerkennung des Menschen als selbstverantwortlicher Person. Damit verbindet sich die Überzeugung, daß die Verwirklichung des 'Gemeinwohls' nur als Ergebnis freier Entscheidungen in der Gemeinschaft, als Resultat des ständigen Ausgleichs von Interessen und Ideen erwartet werden könne.

Aus diesem Verständnis der Demokratie ergibt sich die Möglichkeit, die innere Verbindung zwischen freiheitlicher Demokratie und Sozialstaat zu erkennen und damit die Staatszielbestimmung des demokratischen und sozialen Rechtsstaates als Einheit zu interpretieren:

Das Sozialstaatsbekenntnis wird als Absage an die Auffassung gedeutet, daß die bestehende Wirtschaftsordnung in sich gerecht sei. Es enthält

daher den Auftrag, diese Ordnung mit dem Ziel sozialer Gerechtigkeit zu gestalten. Durch die Verbindung des Sozialstaates mit der Demokratie wird erstens zum Ausdruck gebracht, daß diese Aufgabe nur in den Formen der demokratischen Willensbildung gelöst werden kann. Darüber hinaus wird der Entfaltung des Sozialstaates aus dem Grundwert der Demokratie auch inhaltlich die Richtung gewiesen: Über den politischen Bereich hinaus soll die gleichberechtigte Selbstbestimmung auch im gesamten Sozial- und Wirtschaftsleben verwirklicht werden. Dieses Bekenntnis zur sozialen Demokratie wirkt schließlich auf den Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes ein. Weder können seine Institutionen zum 'Eigenwert' erklärt werden, noch kann er sich in der Gewährleistung defensiv gegen den Staat gerichteter Schutzrechte erschöpfen. Zwar bleibt die Aufrichtung eines unantastbaren persönlichen Schutzbereiches ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsbegriffs. Aber darüber hinaus wird er durch die Gerechtigkeitsidee des Sozialstaates und durch den demokratischen Gedanken der freien Selbstbestimmung inhaltlich erfüllt.

In dieser Interpretation der Staatszielbestimmung des demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsteht nicht das Bild einer menschlichen Ordnung, deren Entwicklung im Einklang mit einer vorgegebenen Leitlinie von staatlichen Institutionen garantiert wird, die über der Gesellschaft stehen. Sondern die Verantwortung für diese Entwicklung wird jedem einzelnen Bürger übertragen. Aber die Risiken dieses Experiments der "sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates" rechtfertigen sich aus der Einsicht, daß nur so bewahrt werden kann, was den Menschen zum Menschen macht. Es ist die innere Freiheit zur Entscheidung und Verantwortung, von der Theodor Heuß in seiner Abschiedsansprache gesagt hat, daß sie dem Menschen als Möglichkeit geschenkt sei und daß es die Würde des Menschen bestimme, sie als Aufgabe zu erkennen.

Nachwort

Einige Schriften Forsthoffs, die nach dem Abschluß des Manuskripts zur vorliegenden Arbeit erschienen sind, veranlassen zu einer Ergänzung.

In der Analyse der behandelten Beiträge Forsthoffs wurde die Übernahme der Auffassung Hegels und Lorenz von Steins über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft als der Ausgangspunkt aufgezeigt, von dem her Forsthoff es unternahm, die Wirklichkeit der heutigen gesellschaftlichen und politischen Ordnung zu analysieren. Es war dabei zu prüfen, ob sich Forsthoffs 1938 geäußerte Auffassung geändert habe, "das Grundproblem jeder Wirtschaftsverfassung in ihrer Zuordnung zu der politischen Gesamtverfassung" sei in den folgenden Sätzen Lorenz von Steins berührt (542):

> "Können und sollen wir nicht das Interesse und seine Gewalt vernichten, so muß jener Prozeß, der es für das Leben der Völker tödlich gemacht hat, seine Auflösung in die Klasseninteressen und ihren Kampf und Gegensatz, dadurch bewältigt werden, daß ein selbständiges Interesse entstehe, welches den Gegensatz der Sonderinteressen in sich aufhebt. Die Gewalt, die das allein vermag, ist die Staatsgewalt. Der Staat und seine Macht, das letzte Ziel gesellschaftlichen Sonderinteresses, muß sich daher von der Macht der gesellschaftlichen Interessen frei machen, und der Staat als Träger der Harmonie aller Interessen außerhalb der Gesellschaft seine persönliche Selbständigkeit finden."

Daß Forsthoffs Ansicht über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft auch in seinen Nachkriegsschriften auf dieser Grundvorstellung beruhte, ließ sich am klarsten an seinem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer 1955 nachweisen. Forsthoff hatte darin festgestellt, daß der Staat aufgehört habe, im Hegelschen Sinne "objektiver Geist" zu sein und daß "die Politik heute in ... hohem Maße auf der Basis des partikularen Interesses und des Interessenwiderstreits betrieben" werde. Diesen Tatgestand hatte er folgendermaßen bewertet:

> "Aber wir dürfen uns darüber nicht täuschen, daß wir über den Mechanismus der Interessenverteilung und der Interessenabwägung nicht zu einer Ordnung, sondern allenfalls zu einem Mechanismus des Proporz gelangen, zu einem System der Verhältnismäßigkeit, die sich nach den Zufälligkeiten der augenblicklichen Machtgruppierung richtet. Das ist kein Prinzip der Ordnung, und erst recht nicht das Prinzip der Ordnung für einen Staat, der in besonderem und hohem Maße weitgespannte soziale Aufgaben zu erfüllen hat." (543)

Diese Auffassung hat Forsthoff in neuester Zeit in der Schrift "Rechtsfragen der leistenden Verwaltung" (544) und dem Beitrag "Die Bundes-

republik Deutschland - Umrisse einer Realanalyse"(545) aufgegeben.

Er legt dar, daß "das soziale Gemeinwesen, wie es heute besteht, ... nicht mehr primär eine Schöpfung des Staates" ist, sondern daß es " - gewiß nicht ohne staatliche Mitwirkung - durch die ordnenden Kräfte der Gesellschaft selbst hervorgebracht"(546) wurde. Aus der Tatsache, daß "auch der Staat ... aus diesem Prozeß der Selbstordnung der Gesellschaft hervorgegangen" ist, zieht er die Folgerung:

> "Die Entstehungsgeschichte der Bundesrepublik gestattet es nicht mehr, an der Priorität und Superiorität des Staates gegenüber der Gesellschaft festzuhalten. Die Bundesrepublik als Staat ist zur Funktion der Gesellschaft geworden."(547)

In der Verbindung dieser beiden Aussagen bestätigt sich die These der vorliegenden Arbeit. Forsthoff konnte sich erst dann den Zugang zum Verständnis der freiheitlich-demokratischen Ordnung der Gegenwart öffnen, wenn er bereit war, diese Ordnung nicht mehr mit dem Maßstab der Hegel-Steinschen Staats- und Gesellschaftsauffassung zu messen.

Forsthoff versucht zu erklären, warum er die ordnenden Kräfte der Gesellschaft erst jetzt erkannt habe. Im historischen Rückblick schreibt er, noch unter der Weimarer Reichsverfassung habe die Gesellschaft als zu eigener Ordnung unfähig gegolten und die politische Wirklichkeit habe diese Auffassung bestätigt:

> "In zunehmendem Maße sah sich die Weimarer Republik dazu genötigt, ordnend in die gesellschaftlichen Fehlläufe einzugreifen. Andererseits formierten sich im Bereich der Gesellschaft politische Mächte, die für den Staat bedrohlich wurden, der in die Gefahr geriet, dem gesellschaftlichen Pluralismus zum Opfer zu fallen und sich dagegen - für diese Zeit folgerichtig - durch autoritäre und totalitäre Ausweitung zu schützen suchte."(548)

Nach dem "Verschleiß der staatsideologischen Substanzen durch den Mißbrauch, den der Nationalsozialismus mit ihnen getrieben hat", und nach der "Nullpunkt-Situation des Jahres 1945"(549) hätten sich dagegen "die ordnenden Kräfte einer sich allmählich formierenden neuen industriell-technisch-bürokratischen Gesellschaft umso ungestörter und damit folgerichtiger entfalten" können. Sie seien ein "novum, das dazu zwingt, alle überkommenen Begriffe und Denkschemata, welche sich auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft beziehen, von den neuen Gegebenheiten aus einer grundsätzlichen Korrektur zu unterziehen."(550)

Die Annahme, die dargestellte Entwicklung zwinge zu einer "grundsätzlichen Korrektur" aller Vorstellungen über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, trifft wohl auf den Hegelianer Forsthoff, schwerlich aber allgemein zu. Ausgehend von der Staatslehre Hermann Hellers einerseits, von der angelsächsischen Staatsauffassung andererseits, wurde in der vorliegenden Arbeit(551) der ideologische Charakter des Glaubens an einen Standort des Staates außerhalb und über der Gesellschaft aufgezeigt. Nur von der Hegel-Steinschen Staatsvorstellung her mußte es Forsthoff nach 1945 als etwas "Erstaunliche(s), un-

erwartet Neuartige(s)" erscheinen, "daß es die Gesellschaft war, die sich wesentlich aus eigener Kraft reintegriert hat" (552).

In der gleichen Weise ist Forsthoffs weitere Folgerung einzuschränken, die er aus der "neuen Lage" zieht:

> "Sie macht Literaturen über Parteien, Parteienstaat, Pluralismus, Staatsautorität, Elite usw. einer kritischen Überprüfung.bedürftig" (553).

Es ist hervorzuheben, daß Forsthoff im eigenen Bereich mit der kritischen Überprüfung begonnen hat. Eine Untersuchung darüber, wie weit sie in Einzelheiten schon feststellbar ist, erscheint im Rahmen dieser Arbeit nicht als erforderlich. Wesentlich ist im Hinblick auf das Thema der Arbeit dagegen, daß Forsthoff nunmehr bereit ist, in der Demokratie einen materiellen Gehalt zu sehen und das Ziel der demokratischen Ideologie positiv zu bewerten.

Diese Einstellung läßt sich in der Schrift "Die Daseinsvorsorge und die Kommunen" (554) erkennen. "Die ganze demokratische Ideologie, wie sie Rousseau klassisch formulierte", legt Forsthoff dar, wolle die Entfremdung des Menschen aufheben. Sie habe das "Ziel, den Staat - ein wesentliches Stück Umwelt - so zu ordnen, daß der Staat für den Bürger sein von ihm mitgestalteter Staat wird, so daß die Entfremdung, welche jede Unterwerfung unter einen fremden Willen bedeutet, durch diesen Umstand aufgehoben wird" (555).

Auch im Wirtschafts- und Sozialleben räumt Forsthoff nun der demokratischen Selbstbestimmung diese Bedeutung ein. Der Vorgang sei "für den Staat und die öffentliche Verwaltung grundsätzlich kein anderer als für die Institutionen der Arbeitswelt". Denn wie Karl Marx festgestellt habe, finde die Entfremdung des Menschen "im industriell-technischen Prozeß statt, indem er die menschliche Arbeitskraft zur Ware macht." (556)

Aus dieser Einsicht kommt Forsthoff zu einer neuen Würdigung des Mitbestimmungsrechts:

> "Auch das Mitbestimmungsrecht, man mag dazu stehen wie man will, ist in diesem sehr wichtigen und ernsten Zusammenhang zu sehen." (557)

An anderer Stelle der Schrift führt er aus:

> "Betrachten wir die staatsbürgerlichen Aktivrechte unter diesem Gesichtspunkt der Aufhebung der Entfremdung, so ergibt sich ein neuer Aspekt; Dinge, die wir bisher scharf getrennt haben, treten in einen natürlichen und wesentlichen Zusammenhang. Ich meine die Sonderung der Demokratie von der Selbstverwaltung." (558)

Bei seiner "Realanalyse" der Bundesrepublik geht Forsthoff dann nicht auf die demokratische Ideologie ein, "wie sie Rousseau klassisch formulierte". Er vermag in diesem Zusammenhang die im Grundgesetz geschaffene konkrete Ausprägung der repräsentativen Demokratie zu billigen:

> "Das Grundgesetz hat gut getan, auf die unmittelbar demokratischen Verfassungselemente des Volksbegehrens und des Volksentscheids zu verzichten, welche einen Anreiz zur Demagogie bedeuten können." (559)

Er erkennt "in der wichtigen Funktion, die ihnen im System des sozialen Ganzen zukommt," (560) die Bedeutung der Parteien.

Forsthoff hat nicht nur im Titel seiner "Realanalyse" der Bundesrepublik, sondern auch im Schlußabsatz deutlich gemacht, daß er seine Ausführungen zeitlich begrenzt verstanden wissen will:

> "Der Sinn dieser Ausführungen geht dahin, die Gegebenheiten der bestehenden Verfassungsordnung lediglich zu beschreiben. Diese Verfassungsordnung bot sich als eine Form des Überdauerns im Rahmen der freien Welt in einem Augenblick an, in dem die geschichtliche Rolle des deutschen Volkes nur eine wesentlich passive sein konnte. Welche Änderungen sie erfahren wird, wenn diese historische Phase endet, entzieht sich der Voraussicht." (561)

Literaturverzeichnis

Abendroth, Wolfgang	Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland; in: Aus Geschichte und Politik, Festschrift für Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff.
- - -	Zur Funktion der Gewerkschaften in der westdeutschen Demokratie; in: Gewerkschaftliche Monatshefte, 3. Jg., Heft 11 (November 1952), S. 641 ff.
Arndt, Adolf	Das Problem der Wirtschaftsdemokratie in den Verfassungsentwürfen; in: Süddeutsche Juristenzeitung, Jg. 1, Nr. 6 (September 1946), S. 137 ff.
- - -	Planwirtschaft; in: SJZ, Jg. 1, Nr. 7 (Oktober 1946), S. 169 ff.
Bachof, Otto	Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 37 ff.
Bäumlin, Richard	Die rechtsstaatliche Demokratie, Zürich 1954
Barker, Ernest	Reflections on Government, Oxford 1953
Böhm, Franz	Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die demokratische Staatsverfassung; in: Süddeutsche Juristenzeitung, Jg. 1, Nr. 6 (September 1946), S. 141 ff.
- - -	Freiheitsordnung und soziale Frage; in: Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, Berlin 1954, S. 71 ff.
- - -	Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb; in: ORDO, 4. Band, Düsseldorf 1951, S. 21 ff.
- - -	Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat; in: Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, Berlin 1954, S. 96 ff.
Bracher, Karl Dietrich	Die Auflösung der Weimarer Republik, 1. Aufl., Stuttgart 1955
Deutsche Bergwerkszeitung (Herausg.)	Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, Düsseldorf 1929

von Doemming, Klaus-Berto Füsslein, Rudolf Werner Matz, Werner	Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1, Tübingen 1951
Drath, Martin	Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht; in: Faktoren der Machtbildung, Berlin 1952, S. 99 ff.
Düring, Günter	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde; in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band, Heft 2, Tübingen 1956, S. 117 ff.
- - -	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat; in: Juristenzeitung, 8. Jg., Tübingen 1953, S. 193 ff.
Entscheidungen	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 5. Band, Tübingen 1956
Fechner, Erich	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953
Forsthoff, Ernst x)	Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, Berlin 1932
- - -	Um die kommunale Selbstverwaltung; in: Zeitschrift für Politik, 21. Band, Berlin 1932, S. 248 ff.
- - -	Der totale Staat, Hamburg 1933
- - -	Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938
- - -	Grenzen des Rechts, Königsberg 1941
- - -	Montesquieu: Esprit des Lois; in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 3. Jg., Heft 11 (November 1948), S. 405 ff.
- - -	Die deutsche Staatskrisis und das Grundgesetz; in: Zeitwende, 21. Jg., Nr. 5 (November 1949), S. 321 ff.
- - -	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. München und Berlin 1950 (6., neubearb. Aufl. München und Berlin 1956; 7., neubearb. Aufl. München und Berlin 1958
- - - (Herausg.)	Montesquieu. Vom Geist der Gesetze, Tübingen 1951

x) Es sind nur die Schriften Forsthoffs - chronologisch geordnet - aufgeführt, die für die vorliegende Arbeit von Bedeutung waren.

Forsthoff, Ernst	Die Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Gesamtverfassung; in: Ratgeber von Parlament und Regierung, Frankfurt/Main 1951, S. 127 ff.
- - -	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 8 ff.
- - -	Verfassungsprobleme des Sozialstaates, Münster 1954
- - -	Über Maßnahme-Gesetze; in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 221 ff.
- - -	Haben wir zuviel oder zu wenig Staat?; in: Winschuh, Josef / Forsthoff, Ernst, Selbständigsein und Staat, Bonn 1955, S. 25 ff.
- - -	Hat der Staat noch Autorität?; in: Christ und Welt, 8. Jg., Nr. 46 (17. November 1955), S. 8
- - -	Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg 1958
- - -	Die Bindung an Gesetz und Recht; in: Die öffentliche Verwaltung, 12. Jg., Heft 2 (Januar 1959), S. 41 ff.
- - -	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes; in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.
- - -	Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
- - -	Die Bundesrepublik Deutschland - Umrisse einer Realanalyse; in: Merkur, XIV. Jg., 9. Heft (September 1960), Stuttgart 1960, S. 807 ff.
Forsthoff, Ernst / Rothe, Wolfgang	Einleitung zum Bonner Grundgesetz - Die Grundrechte der Deutschen, 2., unveränderte Aufl., Heidelberg o.J.
Fraenkel, Ernst	Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika; in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge, Band 2, Tübingen 1953, S. 35 ff.
Freisler, Roland	Rechtsstaat; eine staatsbiologische Betrachtung; in: Völkischer Beobachter, Reichsausgabe vom 20./21. Dezember 1931

Friesenhahn, Ernst	Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts; in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band 2, Stuttgart/Köln 1950, S. 239 ff.
– – –	Parlament und Regierung im modernen Staat; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 16, Berlin 1958, S. 9 ff.
– – –	Staatsrechtslehrer und Verfassung. Rektoratsrede vom 5. Dezember 1950, Krefeld o.J.
von der Gablentz, Otto-Heinrich	Autorität und Legitimität im heutigen Staat; in: Zeitschrift für Politik, Jg. 5 (N.F.), Heft 1, Berlin-Zürich-Wien 1958, S. 5 ff.
– – –	Politische Parteien als Ausdruck gesellschaftlicher Kräfte. Schriftenreihe der Deutschen Hochschule für Politik, Heft 9, Berlin 1952
– – –	Die politischen Theorien seit der Französischen Revolution, Köln und Opladen 1957
Gerber, Hans	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes; in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band, Tübingen 1956, S. 1 ff.
Grewe, Wilhelm	Der Begriff des "sozialen Staates" in der deutschen Verfassungsentwicklung; in: Der Arbeitgeber, Jg. 1950/51, Heft 24/1, S. 39 ff.
– – –	Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes; in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 4. Jg., Tübingen 1949, S. 349 ff.
Hamel, Walter	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
Hamilton, Alexander Madison, James Jay, John	The Federalist or The New Constitution. Everyman's Library No. 519, London / New York 1948
Harms, Bernhard (Herausg.)	Strukturwandlungen der deutschen Volkswirtschaft, 1. Band, Berlin 1928
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich	Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte, 1. Band: Die Vernunft in der Geschichte (Einleitung). Neu herausgegeben von Georg Lasson, 3., abermals durchges. und vermehrte Aufl., Leipzig 1930
– – –	Sämtliche Werke. Neue kritische Ausgabe herausg. von Johannes Hoffmeister. Band 12: Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl., Hamburg 1955

Heller, Hermann	Politische Demokratie und soziale Homogenität, Berlin 1928
– – –	Hegel und die deutsche Politik; in: Zeitschrift für Politik, 13. Band, Berlin 1924, S. 132 ff.
– – –	Rechtsstaat oder Diktatur?, Tübingen 1930
– – –	Staatslehre, Leiden 1934
Hesse, Konrad	Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, Berlin 1959, S. 11 ff.
Ipsen, Hans Peter	Enteignung und Sozialisierung; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 10, Berlin 1952, S. 74 ff.
– – –	Gleichheit; in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954, S. 111 ff.
– – –	Über das Grundgesetz, Hamburg 1950
Jahrreiss, Hermann	Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung; in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band 2, Stuttgart/Köln 1950, S. 203 ff.
Kägi, Werner	Rechtsstaat - Sozialstaat - sozialer Rechtsstaat!; in: Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch, 16. Jg., Aarau 1945, S. 129 ff.
– – –	Rechtsstaat und Demokratie; in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 107 ff.
– – –	Von der falschen Verabsolutierung der Demokratie; in: Reformatio, Jg. 1953, Heft 6, Bern 1953
Klein, Friedrich	Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat; in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 106. Band (1950), S. 390 ff.
Knoll, Ernst	Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse; in: Archiv des öffentlichen Rechts, 79. Band, Tübingen 1953/54, S. 455 ff.
Litt, Theodor	Hegel. Versuch einer kritischen Erneuerung, Heidelberg 1953
MacIver, Robert Morrison	Macht und Autorität (dt.), Frankfurt 1953 (Titel der Originalausgabe: The Web of Government, New York 1947)

von Mangoldt, Hermann	Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953
von Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, 2., neubearb. und verm. Aufl., Band 1, Berlin und Frankfurt 1957
Menger, Christian-Friedrich	Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953
Neumann, Franz	Zum Begriff der politischen Freiheit; in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 109. Band (1953), S. 25 ff.
- - -	Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, Berlin 1932
Nipperdey, Hans Carl	Die Würde des Menschen; in: Neumann / Nipperdey / Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954, S. 1 ff.
Radbruch, Gustav	Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts; in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 1, Tübingen 1930, S. 285 ff.
Ridder, Helmut	Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? - Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag; in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band 1, Tübingen 1953, S. 91 ff.
- - -	Meinungsfreiheit; in: Neumann / Nipperdey / Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954, S. 243 ff.
Scheuner, Ulrich	Der Bereich der Regierung; in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff.
- - -	Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates; in: Macht und Recht (herausg. von Hans Dombois und Ernst Wilkens), Berlin 1956, S. 76 ff.
- - -	Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz; in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet (herausg. von Walter Rohrbeck), Berlin 1954, S. 71 ff.
Schmitt, Carl	Nehmen, Teilen, Weiden; in: Gemeinschaft und Politik, Zeitschrift für soziale und politische Gestalt, J.g 1, Heft 2, (November 1953), S. 18 ff.

Schüle, Adolf	Demokratie als politische Form und als Lebensform; in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 321 ff.
von Stein, Lorenz	Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, 3 Bände, herausg. von Gottfried Salomon, München 1921
- - -	Gegenwart und Zukunft der Rechtswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876
Thoma, Richard	Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft; in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 4 (1910), S. 196 ff.
Veröffentlichungen	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 7, Berlin 1932 Heft 10, Berlin 1952 Heft 12, Berlin 1954 Heft 16, Berlin 1958 Heft 17, Berlin 1959
Weber, Werner	Eigentum und Enteignung; in: Neumann / Nipperdey / Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954, S. 331 ff.
- - -	Die Entschädigung in der westdeutschen Bodenreform; in: Die öffentliche Verwaltung, 6. Jg., Heft 12 (Juni 1953), S. 353 ff.
- - -	Das politische Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie; in: Zum Problem des Gleichgewichts zwischen Wirtschaftspolitik und Staatspolitik. Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstages, Heft 39, Köln 1956, S. 35 ff.
- - -	Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz; in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951, S. 7 ff.
Werner, Fritz	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung; in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band, Tübingen 1956, S. 84 ff.
Wieacker, Franz	Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953

Wintrich, J.M. — Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts; in: Bayerische Verwaltungsblätter, 3. Jg., (N.F.), Heft 5/1957, S. 137 ff.

Wolany, Josef — Vom Sozialstaat und sozialen Recht; in: Forum der Rechtsphilosophie (herausg. von Ernst Sauer), Köln 1950, S. 141 ff.

Anmerkungen

1) Drath, Martin: Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht; in: Faktoren der Machtbildung, Berlin 1952, S. 113

2) Fraenkel, Ernst: Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika; in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Neue Folge, Band 2, Tübingen 1953, S. 98. Fraenkel hat dargelegt, daß die Aufgeschlossenheit gegenüber dem, "was der Soziologe die 'persönliche Gleichung' nennt", in den Vereinigten Staaten auch vor den zuvörderst zur Verfassungsauslegung berufenen Richtern des Supreme Court nicht halt macht. Hier zeige sich ein tiefer Unterschied im Rechts- und Verfassungsdenken der beiden Länder. Vielleicht spiele dabei auch die Tatsache eine Rolle, daß die amerikanischen Studenten der Rechtswissenschaft während ihrer College-Jahre "eine Ausbildung in Ökonomie, Soziologie und political science erhalten haben, dem die traditionelle deutsche juristische Schulung nichts Vergleichbares an die Seite zu stellen hat". (A.a.O., S. 98)

3) Ipsen, Hans Peter: Enteignung und Sozialisierung; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 10, Berlin 1952, S. 77

4) A.a.O., S. 153 f.
5) A.a.O., S. 170
6) A.a.O., S. 129
7) A.a.O., S. 145. Im Original nicht gesperrt.
8) Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 228
9) Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 16, Berlin 1958, S. 147. Im Original nicht hervorgehoben.

10) Friesenhahn, Ernst: Parlament und Regierung im modernen Staat; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 16, Berlin 1958, S. 65

11) Artikel 28, Absatz 1, Satz 1 GG in Verbindung mit Artikel 20 GG

12) Jahrreiß, Hermann: Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung; in: Recht - Staat - Wirtschaft, Band 2, Stuttgart / Köln 1950, S. 205

13) Weber, Werner: Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz; in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951, S. 17, Anm. 11

14) Klein, Friedrich: Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat; in: ZfdgesStW, 106. Band (1950), S. 404

15) Ebda.

16) Wilhelm Grewe versuchte zunächst, ihn dadurch zu überwinden, daß er den Sozialstaat als "substanzlosen Blankettbegriff" bezeichnete, von dem es zweifelhaft sei, ob er "praktisch bedeutsame Rechtsfolgen erzeugen" könne. (Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes; in: DRZ 1949, S. 351)

17) Friesenhahn, Ernst: Staatsrechtslehrer und Verfassung; Rektoratsrede vom 5.12.1950, abgedruckt in: Recht - Staat - Wirtschaft, Band 3, Düsseldorf 1951. S. 63. Ders.: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts; in: Recht - Staat - Wirtschaft, Band 2, Stuttgart / Köln 1950, S. 240

18) Ipsen, Hans Peter: Enteignung und Sozialisierung, a.a.O., S. 74 (s. Anm. 3)

19) A.a.O., S. 74 f.

20) Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 22

21) Gegenüber der im Grundgesetz mehrfach (Art. 18, 21, 91) verwendeten Formulierung "freiheitliche demokratische Grundordnung" waren die beiden Adjektive ursprünglich durch "und" bezw. "oder" getrennt. Der Abg. Heuß begründete den Entschluß, diese Bindewörter zu streichen: "Dann kommt einer auf die naheliegende Idee, daß "demokratisch" und "freiheitlich" nicht identische Begriffe sind. ... Es werden hier die Dinge antithetisch gesehen. Sie sollen aber im Volksbewußtsein in eins zusammenfließen". (32. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 11.1.1949; s. maschinenschriftliche stenographische Protokolle der Fachausschüsse des Parlamentarischen Rates, S. 79). Vgl. dazu: von Doemming, Klaus Berto, Füsslein, Rudolf Werner, Matz, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1), Tübingen 1951, S. 172 f., 207 ff. Zur Entstehungsgeschichte der Art. 20 und 28 GG vgl. a.a.O., S. 195 ff., S. 245 ff.

22) Ipsen, a.a.O., S. 88 - 90 (s. Anm. 3)

23) A.a.O., S. 90

24) Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG: "Inhalt und Schranken werden durch das Gesetz bestimmt".

25) Ipsen, a.a.O., S. 85. Ipsen übernahm damit die Deutung, die Kirchheimer (Die Grenzen der Enteignung, 1930, S. 37) dem gleichen Satz in Art. 153 der Weimarer Reichsverfassung gegeben hatte.

26) Art. 14 Abs. 2 GG: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich zum Wohle der Allgemeinheit dienen".

27) Ipsen, a.a.O., S. 85

28) A.a.O., S. 91. Ausführliche Literaturhinweise dazu bei Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 7., neubearb. Aufl., München und Berlin 1958, 4. Abschnitt.

29) Ipsen sah als Ergebnis der bisherigen Bemühungen um eine befriedigende Trennung zwei Wege, die in Zukunft eingeschlagen werden könnten:
Entweder müsse der Enteignungsbegriff auf einen früheren engen Begriff zurückgeführt werden. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, die die Voraussetzungen dieses engen Enteignungsbegriffes nicht erfüllten, zögen dann je nach Besonderheit und Schwere des Opfers Entschädigung nach sich. Die Entschädigungspflicht habe sich dann, da sie ja gerade nicht dem Enteignungsrecht entnommen werden solle, nach den Rechtsgedanken des § 75 Einl. ALR zu bestimmen.

Oder der Enteignungsbegriff müsse weiterhin - in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre - weit gefaßt werden. Von der Enteignung seien dann nach bestimmten Gesichtspunkten die stets entschädigungslose gesetzliche Inhaltsbestimmung und Beschränkung des Eigentums zu trennen. (Ipsen, a.a.O., S. 91 ff.)

30) A.a.O., S. 93. Im Original nicht gesperrt.

31) A.a.O., S. 92

32) A.a.O., S. 94

33) Ebda.

34) A.a.O., S. 75. Im Original nicht gesperrt.

35) A.a.O., S. 102

36) Ebda. Zwar enthalte der Art. 15 GG keinen unmittelbar wirksamen Befehl an den Gesetzgeber, die Eigentumsherrschaft durch Sozialisierung neu zu ordnen; die Entscheidung darüber liege bei den politischen Kräften, die über Initiative und Beschluß zur Gesetzgebung verfügten. Indessen müsse man sich fragen, ob er nicht doch mehr als eine nur unverbindliche Ermächtigung darstelle, ob nämlich "der Gesetzgeber, w e n n er die sozialisierungsreifen Güter des Art. 15 in ihrer Stellung in der Gesamteigentumsordnung überhaupt prinzipiell neu bestimmen will, dann auf den von Art. 15 gewiesenen Weg der Vergesellschaftung verwiesen und ihm jeder andere Weg verschlossen" sei (A.a.O., S. 104). Eine solche Ansicht lasse sich aus der Verbindung mit der Sozialisierungsidee und aus der wirtschaftspolitischen Entscheidungskraft des Art. 15 im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsbekenntnis des Grundgesetzes ableiten.

37) A.a.O., S. 103

38) A.a.O., S. 106. Es sei daher zweifelhaft, ob eine bloße Verstaatlichung dem Zweck der Vergesellschaftung genüge, wenn sie eine solche Mitherrschaft nicht einräume und die bisher ausgeschlossenen Gruppen auf ihre allgemeine staatsbürgerliche Teilhabe verweise.

39) A.a.O., S. 77, 82

40) Knoll, Ernst: Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse. Zur Lehre vom Eigentum, der Enteignung und der Entschädigung; in: Archiv des öffentlichen Rechts, 79. Band, Heft 4 (Tübingen 1953/4), S. 455 ff.
41) A.a.O., S. 479
42) A.a.O., S. 480
43) Ebda.
44) A.a.O., S. 458
45) A.a.O., S. 480
46) A.a.O., S. 459 f.
47) A.a.O., S. 463 ff.
48) Nr. 103 in der Fassung der Verordnung Nr. 189 (Amtsbl. S. 595, 1097)
49) Knoll, a.a.O., S. 466 ff.
50) A.a.O., S. 490
51) A.a.O., S. 492 f.
52) A.a.O., S. 492
53) A.a.O., S. 491
54) A.a.O., S. 458 f.
55) A.a.O., S. 477
56) Ridder, Helmut K.J.: Meinungsfreiheit; in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausg. von Franz L. Neumann, Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, 2. Band: Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954, S. 258, Anm. 55 e
57) Ridder, Helmut K.J.: Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag; in: Verhandlungen des Vierzigsten Deutschen Juristentages Hamburg 1953, Band I, Tübingen 1953, S. 111 f.
58) A.a.O., S. 116, Anm. 56
59) Weber, Werner: Die Entschädigung in der westdeutschen Bodenreform. Dargestellt am Beispiel der Bodenreform in Nordrhein-Westfalen; in: Die öffentliche Verwaltung, 6. Jg., Heft 12 (Juni 1953), S. 353 ff.
60) A.a.O., S. 353
61) A.a.O., S. 354
62) Ebda.
63) Ebda.
64) Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 10, Berlin 1952, S. 165
65) Die Entschädigung in der westdeutschen Bodenreform, a.a.O., S. 355 (s. Anm. 59)
66) A.a.O., S. 354
67) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 5. Band, Tübingen 1956, S. 198
68) Von der Gablentz, Otto-Heinrich: Autorität und Legitimität im heutigen Staat; in: Zeitschrift für Politik, Jg. 5 (Neue Folge), Heft 1, Berlin, Zürich, Wien 1958, S. 5 ff.
69) Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 8 f. (s. Anm. 20)

70) A.a.O., S. 9
71) A.a.O., S. 12
72) A.a.O., S. 13
73) A.a.O., S. 14
74) Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, a.a.O., S. 77 (s. Anm. 3)
75) Forsthoff, a.a.O., S. 14 f.
76) A.a.O., S. 23
77) A.a.O., S. 16 ff.
78) A.a.O., S. 17
79) A.a.O., S. 30. Die Geschichte der Gewaltenteilung biete dafür das deutlichste Beispiel: Von einem Mittel zur Hemmung und Balancierung habe sie sich zu einem technischen Mittel zur Organisation der Staatsgewalt entwickelt. In dieser Eigenschaft erfülle sie durchaus den Zweck, die Staatsgewalt zugunsten der individuellen Freiheit zu begrenzen.
80) A.a.O., S. 31. Im Original nicht gesperrt.
81) A.a.O., S. 18
82) A.a.O., S. 19
83) Ebda.
84) Ebda.
85) A.a.O., S. 25. Forsthoff bezieht sich bei dieser Deutung auf eine Veröffentlichung Carl Schmitts aus der Nachkriegszeit: Nehmen, Teilen, Weiden; in: Gemeinschaft und Politik, Zeitschrift für soziale und politische Gestalt, Jg. 1, Heft 2 (November 1953), S. 22 ff.
86) A.a.O., S. 25. Allerdings sah Forsthoff in einem solchen Versuch, die beiden Begriffe zu verschmelzen, andere Schwierigkeiten. (A.a.O., S. 26 f.)
87) A.a.O., S. 25 f.
88) A.a.O., S. 25, 26. Forsthoff zitiert die Auffassung Knolls aus einem unveröffentlichten Rechtsgutachten für das Land Nordrhein-Westfalen. Der Gedankengang Knolls stimmt mit den Ausführungen überein, die dieser in seinem Aufsatz über "Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse" gemacht hat. (Vgl. Teil 1, Abschnitt I, 2a dieser Arbeit)
89) Forsthoff, a.a.O., S. 27
90) A.a.O., S. 28
91) A.a.O., S. 31. Im Original nicht gesperrt.
92) A.a.O., S. 31 f.
93) A.a.O., S. 32
94) A.a.O., S. 33
95) Ebda.
96) A.a.O., S. 29. Im Original nicht gesperrt.
97) A.a.O., S. 27 f.
98) A.a.O., S. 8 f.
99) A.a.O., S. 8
100) A.a.O., S. 24
101) A.a.O., S. 128
102) A.a.O., S. 27, 128
103) A.a.O., S. 36, XV. Leitsatz. Im Original nicht gesperrt.

104) DVBl. 1953, S. 751 ff. Im gleichen Leitsatz Forsthoffs findet sich ein weiterer Textunterschied zwischen der Fassung im DVBl. ("Sozialer Rechtsstaat ist die typusbestimmende Kennzeichnung eines Staates, die Verfassung und Verwaltung umgreift".) und im später erschienenen Heft 12 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ("Sozialer Rechtsstaat ist die typusbestimmende Kennzeichung eines Staates, die Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung umgreift".)

105) Scheuner, Ulrich: Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz; in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, herausg. von Walter Rohrbeck, Berlin 1954, S. 101

106) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 31 (s. Anm. 20)

107) In einer Broschüre, die als Heft 1 der "Kleinen Schriften zur politischen Bildung" erschien, rechnet Forsthoff außer der Demokratie auch den Sozialstaat nicht zu den "wesentlichen Elementen" der Bundesrepublik: "Der rechtsstaatliche Charakter ist der eine beherrschende Wesenszug des Grundgesetzes. ... Der andere beherrschende Wesenszug des Grundgesetzes ist sein föderalistischer Charakter. ... Damit ist die charakteristische Kernsubstanz des Grundgesetzes bezeichnet".(Forsthoff, Ernst, Rothe, Wolfgang: Einleitung zum Bonner Grundgesetz - Die Grundrechte der Deutschen, 2., unveränd. Aufl., Heidelberg o.J., S. 8 f.)

108) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 33 (s. Anm. 20)

109) Vgl. Teil 1, Abschnitt I, 2b dieser Arbeit.

110) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 25 (s. Anm. 20)

111) A.a.O., S. 14 f. Im Original nicht gesperrt.

112) A.a.O., S. 33

113) A.a.O., S. 32. Im Original nicht gesperrt.

114) Forsthoff, Ernst: Haben wir zuviel oder zuwenig Staat?, in: Winschuh, Josef, Forsthoff, Ernst: Selbständigsein und Staat. Bericht über die Jahreshauptversammlung 1955 der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V. vom 19. bis 21. Mai 1955 in Bad Reichenhall, Bonn 1955, S. 25 ff.

114a) A.a.O., S. 31. Im Original nicht gesperrt.

114b) A.a.O., S. 30. Im Original nicht hervorgehoben.

114c) A.a.O., S. 32. Im Original keine Sperrung.

114d) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 32 (s. Anm. 20)

114e) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 31 f. (s.Anm. 114)

115) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 25 f. (s. Anm. 20)

116) Vgl. Anm. 17

117) Bachof, Otto: Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, Berlin 1954, S. 37 ff.

118) A.a.O., S. 39

119) A.a.O., S. 80, Leitsatz 4
120) A.a.O., S. 40
121) A.a.O., S. 44
122) A.a.O., S. 45
123) A.a.O., S. 46 f.
124) A.a.O., S. 46
125) A.a.O., S. 47. Bachof hat sich auf diesen allgemeinen Hinweis beschränkt und keine Beispiele angeführt. Staat dessen verwies er auf Erich Fechners Schrift "Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat" (Tübingen 1953). Fechner hatte z.B. in der Genossenschaftsbewegung, im Ausbau der Selbstverwaltung in der Wirtschaft und in der Mitbestimmung Möglichkeiten gesehen, um den "individuellen Einsatzwillen" zu "entbinden". (S. 21 ff). - In gleicher Weise hatte Wolany schon früher auf die innere Verbindung von Demokratie und Sozialstaat hingewiesen: "Wirkmöglichkeiten! ... Mit der Proklamierung des Sozialstaates ist der Zustand noch nicht da - und wird immer Aufgabe bleiben, wenn nicht in diesem, dann in jenem Sinn -, aber die Verpflichtung der Gemeinschaft zu diesem Bemühen ist verfassungsmäßig festgelegt. Zu diesem Zweck wird der Sozialstaat auch in die Freiheit der Besitzenden (Sozialisierung im gewöhnlichen Sinne) und Mächtigen (Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer) eingreifen können." (Vom Sozialstaat und sozialen Recht; in: Forum der Rechtsphilosophie, herausg. von Ernst Sauer, Köln 1950, S.152)
126) Bachof, a.a.O., S. 46, Anm. 25 (s. Anm. 117)
127) Vorher hatte Christian-Friedrich Menger lediglich darauf hingewiesen, daß sich der Begriff 'sozialer Rechtsstaat' schon 1930 in Hellers Schrift "Rechtsstaat oder Diktatur?" finde (Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonnder Grundgesetz, Tübingen 1953, S. 27, Anm. 101)
128) Da die Ausführungen Abendroths die umfassendste und geschlossenste Kritik an Forsthoffs Referat darstellen, kann auf die Wiedergabe einzelner Einwände der anderen Tagungsteilnehmer verzichtet werden.
129) Klarer erweist sich diese Verknüpfung in anderen Beiträgen Abendroths zur Diskussion über den demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Vgl. Abendroth, Wolfgang: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland; in: Aus Geschichte und Politik, Festschrift für Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff. Ders.: Zur Funktion der Gewerkschaften in der westdeutschen Demokratie; in: Gewerkschaftliche Monatshefte, 3.Jg., Heft 11 (November 1952), S. 641 ff.
130) Heller, Hermann: Rechtsstaat oder Diktatur? Tübingen 1930, S. 18, 26
131) A.a.O., S. 25 f.
132) A.a.O., S. 6
133) Heller, Hermann: Staatslehre, Leiden 1934, S. 247 ff.
134) Heller, Rechtsstaat, S. 8 (s. Anm. 130)
135) Heller, Staatslehre, S. 273. Im Original nicht hervorgehoben. (s. Anm. 133)

136) A.a.O., S. 120. Vgl. dazu die Darstellung bei Franz Wieacker: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953, S. 7 f., 10 ff.: "Denn Freiheit und Gleichheit, in der politischen Stellung des Staatsbürgers in einer integrierten Demokratie allenfalls vereinbar, sind bei der Verfügung über die wirtschaftlichen Güter in Wahrheit nicht zu versöhnen; ... Das Freiheitspathos der Unternehmerklasse des Liberalismus und das Gleichheitspathos der ständelosen demokratischen Nation konnten sich auch damals nur unter den Voraussetzungen identifizieren, daß sich 'Besitz und Bildung', d.h. die Träger des wirtschaftlichen und kulturellen Liberalismus als bestimmende Repräsentanten der nationalen Gesellschaft empfanden und diesen Anspruch im großen und ganzen den anderen Klassen der Nation annehmbar machen oder aufzwingen konnten". Seit der französischen Revolution von 1848 habe dieser "Anspruch der alten liberalen Gesellschaft zum erstenmal zur Fiktion zu werden" begonnen.
137) Heller, Staatslehre, S. 273 (s. Anm. 133)
138) Heller, Rechtsstaat, S. 9, 11. Im Original nicht hervorgehoben. (s. Anm. 130)
139) Heller, Staatslehre, S. 112 (s. Anm. 133)
140) A.a.O., S. 113
141) Heller, Hermann: Politische Demokratie und soziale Homogenität. Heft 5 der Schriftenreihe der Deutschen Hochschule für Politik in Berlin und des Instituts für Auswärtige Politik in Hamburg, Berlin 1928, S. 43.
142) Ebda.
143) Heller, Rechtsstaat, S. 8 (s. Anm. 130)
144) Heller, Staatslehre, S. 136 (s. Anm. 133)
145) A.a.O., S. 137 f.
146) A.a.O., S. 138
147) Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 7, Berlin 1932, S. 197
148) Strukturwandlungen der deutschen Volkswirtschaft, herausg. von Bernhard Harms, 1. Band, Berlin 1928, S. 220
149) Das Problem der Wirtschaftsdemokratie. Zur Düsseldorfer Tagung des Reichsverbandes der deutschen Industrie, herausg. von der Deutschen Bergwerkszeitung, Düsseldorf 1929.
150) A.a.O., S. 73
151) A.a.O., S. 47
152) A.a.O., S. 48
153) A.a.O., S. 47. Im Original nicht hervorgehoben.
154) A.a.O., S. 19
155) Böhm, Franz: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb; in: ORDO, 4. Band (1951), S. 53
156) Bracher, Karl Dietrich: Die Auflösung der Weimarer Republik, 1. Aufl., Stuttgart 1955, S. 215
157) Abendroth, Bergstraesser-Festschrift, S. 279 (s. Anm. 129)
158) Kägi, Werner: Rechtsstaat - Sozialstaat - sozialer Rechtsstaat!; in: Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch, 16. Jg.(1945), S. 129 f.

159) A.a.O., S. 138
160) A.a.O., S. 133 f.
161) A.a.O., S. 139 f.
162) A.a.O., S. 142
163) A.a.O., S. 143
164) A.a.O., S. 142-144
165) A.a.O., S. 145
166) Neumann, Franz: Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, Berlin 1932, S. 43
167) Kägi, Rechtsstaat, S. 137
168) In späteren Arbeiten hat Kägi diesen Gedanken gegenüber dem Aufsatz von 1945 immer stärker entwickelt. Mehr und mehr wird ihm im Dreiklang der Begriffe Rechtsstaat, Sozialstaat und Demokratie die rechtsstaatliche Bändigung des demokratischen Mehrheitswillens zur "Schicksalsfrage des Abendlandes" (Vgl. Rechtsstaat und Demokratie; in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 107 ff.).
169) Arndt, Adolf: Das Problem der Wirtschaftsdemokratie in den Verfassungsentwürfen; in: Süddeutsche Juristenzeitung, Jg. 1, Nr. 6 (September 1946), S. 137 ff.
Böhm, Franz: Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die demokratische Staatsverfassung; ebda., S. 141 ff.
Arndt, Adolf: Planwirtschaft; in: SJZ, Jg. 1, Nr. 7 (Oktober 1946), S. 169 ff.
170) Arndt, Wirtschaftsdemokratie, S. 140
171) Ebda.
172) A.a.O., S. 139; Planwirtschaft, S. 169
173) Planwirtschaft, S. 169
174) A.a.O., S. 171
175) Abendroth, Wolfgang: Diskussionsbeitrag auf der 12. Staatsrechtslehrertagung; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, S. 88 f. Abendroth hat das ausführlicher in seinem Aufsatz in der Festschrift für Ludwig Bergstraesser dargelegt; a.a.O., S. 292 ff. (s. Anm. 129)
176) Abendroth, a.a.O., S. 86 (s. Anm. 175). Vgl. dazu Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgem. Teil, 1. Aufl., München und Berlin 1950, S. 57 f.
177) Abendroth, a.a.O., S. 86
178) A.a.O., S. 91, Leitsatz 3.
179) A.a.O., S. 91, Leitsatz 4
180) A.a.O., S. 87
181) A.a.O., S. 87 f.
182) A.a.O., S. 88
183) Abendroth, Bergstraesser-Festschrift, a.a.O., S. 290 (s. Anm. 129)
184) Ebda.
185) 12. Staatsrechtslehrertagung, a.a.O., S. 92, Leitsatz 8. (s. Anm. 175)
186) In einem Beitrag in der Festschrift für Ludwig Bergstraesser (s. Anm. 129) hat Abendroth dann allerdings die Gewährleistung eines geordneten Verfahrens vor unabhängigen Richtern als

rechtsstaatliche Kontrolle für unabdingbar erklärt (A.a.O., S. 295). Aber an die Inhaltserfüllung des Rechtsgrundsatzes vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat "durch die gestaltende Tätigkeit des Gesetzgebers" seien prinzipiell "alle anderen Staatsorgane gebunden, solange diese Inhaltserfüllung im Rahmen der Grundsätze des Grundgesetzes verbleibt" (S. 283). Diese Grundsätze ermöglichten - bei Wahrung des Eigenwertes des Menschen - eine Umformung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, ohne daß dazu eine Verfassungsänderung erforderlich sei (S. 285).

187) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 126 f. (s. Anm. 20)
188) A.a.O., S. 127 f.
189) Forsthoff, Ernst: Der totale Staat, Hamburg 1933
190) A.a.O., S. 20
191) A.a.O., S. 13,20
192) Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 31 (s. Anm. 20)
193) Forsthoff, Der totale Staat, S. 20, (s. Anm. 189)
194) Forsthoff, Ernst: Verfassungsprobleme des Sozialstaats. Vortrag, gehalten vor der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft in Essen am 10. November 1953. Münster 1954.
195) A.a.O., S. 6 f.
196) A.a.O., S. 9
197) A.a.O., S. 8 f.
198) A.a.O., S. 9. Forsthoff zählte die Stalinpakete, die Abstufung der Lebensmittelkarten nach politischen Maßstäben und die nur für Privilegierte erschwinglichen Preise in den HO-Läden als Beispiele für ein solches "System der Verteilung" auf, das "herrschaftlichen Bedürfnissen dient und deshalb von uns nicht als sozial empfunden und anerkannt wird" (S. 10). Auch in der ersten Nachkriegszeit, als die Teilhabe am Verteilungssystem z.B. von der "Anmeldung zur Entnazifizierung, Beteiligung an der Trümmerräumung, Ablieferung eines Anzuges für die Besatzungsmacht" abhängig gemacht wurde, seien wir "solchen Zuständen ... nicht mehr fern gewesen". (S. 9).
199) A.a.O., S. 10 f.
200) A.a.O., S. 12 f.
201) A.a.O., S. 13 f.
202) A.a.O., S. 15
203) A.a.O., S. 16
204) A.a.O., S. 17
205) A.a.O., S. 18
206) A.a.O., S. 17. Soziale Entscheidungen aber müßten sachlich, unter objektiver Abwägung des Für und Wider und nicht aus der Macht des Stärkeren getroffen werden (A.a.O., S. 18).
207) A.a.O., S. 18. Im Original nicht gesperrt.
208) A.a.O., S. 18 f.
209) A.a.O., S. 19 f. Forsthoff merkt ausdrücklich an, er spreche "nicht von Personen, sondern von den Institutionen der Weimarer Verfassung".

210) A.a.O., S. 19
211) A.a.O., S. 20
212) A.a.O., S. 19 ff.
213) Daß man dafür die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit stark ausgebaut habe, will Forsthoff beiseite lassen, "weil die Justiz an der Staatswillensbildung nicht teilnimmt" (A.a.O., S. 21).
214) A.a.O., S. 23
215) Ebda.
216) Ebda.
217) A.a.O., S. 23 f.
218) A.a.O., S. 24
219) Ebda.
220) A.a.O., S. 22
221) Forsthoff, Der totale Staat, (s. Anm. 189)
222) A.a.O., S. 8
223) Ebda.
224) Forsthoff, Verfassungsprobleme, S. 5 (s. Anm. 194)
225) Winschuh / Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 25 ff. (s. Anm. 114)
226) A.a.O., S. 25
227) A.a.O., S. 26
228) A.a.O., S. 34
229) Von der Gablentz, Otto-Heinrich: Autorität und Legitimität im heutigen Staat, a.a.O., S. 5 (s. Anm. 68)
230) Vgl. S. 50 dieser Arbeit.
231) Winschuh / Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 34 (s. Anm. 114)
232) A.a.O., S. 28. In der Diskussion, die sich an Forsthoffs Vortrag anschloß, machte ein Teilnehmer darauf aufmerksam, daß sich der Mangel an Staatsgesinnung bei dem Teil der Bevölkerung einstellen müsse, der wegen seines niedrigen Einkommens aus der Steuerpflicht entlassen worden sei. Diese Bürger fühlten sich, "da von ihnen kein sichtbarer Beitrag mehr gefordert werde, aus der Verantwortung gegenüber dem Staat entlassen" (A.a.O., S. 40).
233) A.a.O., S. 35. Im Original nicht gesperrt.
234) A.a.O., S. 33. In der Diskussion wurde diese Auffassung Forsthoffs beifällig aufgenommen und ergänzt. Früher habe die Gestaltung des Staates "in den Händen einer universell denkenden, vom Staatsbewußtsein erfüllten Gesellschaft gelegen". Heute dagegen übernehme der "berufsmäßige Politiker" diese Aufgabe. Schon weil er von der Gunst der Wähler und bestimmter Interessengruppen abhängig sei, stünden seine "Entscheidungen weitgehend unter dem Gesichtspunkt von Gruppeninteressen" (A.a.O., S. 39).
235) A.a.O., S. 33
236) A.a.O., S. 30
237) A.a.O., S. 35
238) A.a.O., S. 35, 36
239) A.a.O., S. 36
239a) A.a.O., S. 35

te Volkskraft, wie nur die geballte Ladung den frontbedrohenden Tank zu bändigen vermochte. Dies organisierte Zum-Einsatz-Bringen der geballten Ladung der völkischen Kraft zum Schutz des Volkslebens ist unser Begriff des Rechtsstaats" (Rechtsstaat, eine staatsbiologische Betrachtung; in: Völkischer Beobachter, Reichsausgabe vom 20./21. Dezember 1931)

319) Forsthoff: Staatskrise, a.a.O., S. 325 (s.Anm. 315)
320) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Aufl., S. VI (s.Anm. 176)
321) A.a.O., S. 62
322) Forsthoff: Staatskrise, a.a.O., S. 331 (s.Anm. 315)
323) A.a.O., S. 332
324) Forsthoff: Montesquieu, a.a.O., S. 408 (s.Anm. 308)
325) Forsthoff, Ernst (herausg.): Montesquieu. Vom Geist der Gesetze, 1.Band, Tübingen 1951, S.LVI (Einleitung)
326) Forsthoff: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 30 (s.Anm. 20)
327) A.a.O., S. 19
328) Ebda., Anm. 14
329) A.a.O., S. 18
330) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 27 (s.Anm. 114)
331) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 41 (s.Anm. 189)
332) Winschuh/Forsthoff, a.a.O., S. 28 (s.Anm. 114)
333) Forsthoff, Ernst: Über Maßnahme-Gesetze; in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 223.
334) A.a.O., S. 228
335) A.a.O., S. 227 f.
336) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7., neubearb. Aufl. (s.Anm. 28)
337) A.a.O., S. 476. Im Original nicht gesperrt.
338) Ebda.
339) Ebda.
340) Forsthoff: Maßnahme-Gesetze; a.a.O., (s.Anm. 333)
341) A.a.O., S. 229. Im Original nicht gesperrt.
342) Ebda.
343) A.a.O., S. 228
344) A.a.O., S. 233: "Das Maßnahmegesetz ist ... dadurch gekennzeichnet, daß es ein konkretes Ziel hat und daß dieses Ziel logi- Priorität vor den im Gesetz getroffenen Maßnahmen hat. Diese Maßnahmen stehen also zu dem angestrebten Ziel in der überschaubaren und logisch vollziehbaren Relation des Mittels zum Zweck. Deshalb ist es auch möglich und zulässig, in dem Maßnahmegesetz den Ausdruck eines gesetzgeberischen Ermessens zu erkennen". Dieses sei der normalen Gesetzgebung nicht eigentümlich.- Als Beispiel für solche 'Maßnahmegesetze' führt Forsthoff das Investitionshilfegesetz vom 7.1.52 (BGBl. I, S. 7) an (a.a.O., S. 226 ff.).
345) A.a.O., S. 236
346) A.a.O., S. 232 f.

347) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., Vorwort, S. V (s.Anm. 28)
348) Urteil vom 20.2.1957, BB 1957, S. 543
349) Forsthoff, Ernst: Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG); in: Die Öffentliche Verwaltung, 12. Jg., Heft 2 (Januar 1959), S. 42
350) Ebda. - Vgl. dazu ausführlicher Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl. (s.Anm. 28) S. 239 ff.: "Greift die Verwaltung, so argumentiert man, in eine Rechtslage ein, die durch Verwaltungsakt zugunsten eines Betroffenen geschaffen wurde, so wird der Betroffene in dem Vertrauen verletzt, das er in diese Rechtslage und ihren Fortbestand gesetzt hat. Da er das durfte, muß er auch in diesem Vertrauen geschützt werden. Das aber führt dazu, daß die Verwaltung an der Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsakts in der Regel gehindert ist. ... Das ist ein Vorgang von größter, in den Kern des rechtsstaatlichen Verfassungsrechts hineinreichender Tragweite. Er gehört in die Reihe der Bestrebungen, welche darauf gerichtet sind, die strenge rechtsstaatliche Formalisierung der hoheitlichen Funktionen unter Berufung auf materiale Grundsätze, welche dem Individualrecht oder dem Sozialrecht entnommen werden, aufzuweichen" (S. 240. Im Original nicht hervorgehoben).
351) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., S. 371 (s.Anm. 28)
352) Forsthoff: Die Bindung an Gesetz und Recht, a.a.O., S. 41 (s.Anm. 349). Im Original nicht hervorgehoben.
353) Ebda.
354) Vgl. Anm. 337 bis 343
355) A.a.O., S. 44 Im Original nicht gesperrt
356) A.a.O., S. 43
357) A.a.O., S. 44
358) Ebda.
359) Forsthoff, Ernst: Hat der Staat noch Autorität?; in: Christ und Welt, VIII. Jg., Nr. 46 (17. November 1955)
360) Forsthoff: Die Bindung an Gesetz und Recht, a.a.O., S. 44 (s.Anm. 349)
361) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., (s.Anm. 114)
362) A.a.O., S. 30. Im Original nicht gesperrt.
363) Forsthoff: Hat der Staat noch Autorität?, a.a.O., (s.Anm. 359) Im Original nicht gesperrt.
364) Vgl. Teil 2, Abschnitt I,1 dieser Arbeit
365) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 45 (s.Anm. 287)
366) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Aufl. (s.Anm.176), S. 53; 7. Aufl. (s.Anm. 28), S. 60
367) 1. Aufl. (s.Anm. 176), S. 53,29; 7. Aufl. (s.Anm. 28), S. 60,33
368) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 26 (s.Anm. 114)
369) Forsthoff: Staatskrise, a.a.O., S. 326 f. (s.Anm. 315)

370) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 32 (s.Anm. 114)
371) Ebda.
372) Ebda. Im Original nicht gesperrt.
373) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 45 (s.Anm. 287)
374) Forsthoff: Staatskrise, a.a.O., S. 331 f.(s.Anm. 315)
375) Ebda.
376) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats. Vgl. Teil 1, Abschnitt III dieser Arbeit. (s.Anm. 194)
377) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 5 (s.Anm. 287)
378) A.a.O., S. 6
379) Forsthoff gebraucht den Ausdruck selbst erst nach 1945. Die geschichtliche Entwicklung und Notwendigkeit dessen, was er in seinen Nachkriegsschriften als 'Sozialstaat' bezeichnet, deckt sich jedoch mit seinen Ausführungen über die staatliche Daseinsverantwortung aus dem Jahre 1938.
380) A.a.O., S. 7. Im Original nicht gesperrt.
381) A.a.O., S. 13
382) A.a.O., S. 19 f.
383) Forsthoff: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 19, Anm. 13 (s.Anm. 20): "Über Freiheit und Teilhabe vergl. meine Schrift 'Die Verwaltung als Leistungsträger ', 1938".
384) A.a.O., S. 19
385) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Aufl. (s.Anm.176), S. 57 f. Gleicher Wortlaut bis zur 7.Aufl., (s.Anm. 28), S. 65.
386) Vgl. Anm. 251
387) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Aufl., S. 58 (s.Anm. 176)
388) Ebda.
389) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 45 (s.Anm. 287)
390) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Aufl., Vorwort, S. VI (s.Anm. 176)
391) Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Band, Allgemeiner Teil, 6., neubearb. Aufl., München und Berlin 1956, Vorwort, S. V
392) A.a.O., S. 64. Im gleichen Wortlaut: 7.Aufl., a.a.O., S. 65 f. (s.Anm. 28)
393) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, (s.Anm. 194) Vgl. Teil 1, Abschnitt III dieser Arbeit.
394) In der 7. Auflage des Lehrbuchs der Verwaltungsrechts (s.Anm. 28) schreibt Forsthoff im Jahre 1958: "Die Deutsche Bundesrepublik, die in Art. 20 und 28 GG als ein sozialer Rechtsstaat gekennzeichnet wird, stellt einen Verfassungstypus eigener Prägung dar, der auf eine charakteristische Weise rechtsstaatliche und sozialstaatliche Strukturelemente in sich vereinigt". (A.a.O., S. 4, Anm. 1. Im Original nicht hervorgehoben). Weiter heißt es: "Dazu die Referate von Bachof und Forsthoff über Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VDStRL Heft 12, 1954, S. 8 ff." (Ebda.) In seinem Referat auf der 12. Staats-

rechtslehrertagung, auf das sich Forsthoff hier zur Stützung seiner Auffassung bezieht, hatte er hingegen ausgeführt: Das Sozialstaatsbekenntnis "berührt die strukturelle Verfassungsform der Bundesrepublik nicht. Diese ist nach wie vor mit dem Begriff Rechtsstaat erschöpfend bezeichnet. Rechtsstaat und Sozialstaat sind also auf der Verfassungebene nicht verschmolzen" (Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 29 (s.Anm. 20)

395) Forsthoff: Selbstverwaltung, a.a.O., S. 261 (s.Anm. 253)
396) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 25 (s.Anm. 189)
397) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 11 (s.Anm. 287)
398) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 30 (s.Anm. 189)
399) A.a.O., S. 31 f.
400) A.a.O., S. 32
401) A.a.O., S. 43
402) Ebda.
403) Forsthoff: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 31 (s.Anm. 20)
404) A.a.O., S. 127 f.
405) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, (s.Anm. 194) Vgl. Teil 1, Abschnitt III dieser Arbeit.
406) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, (s.Anm. 114) Vgl. Teil 1, Abschnitt IV dieser Arbeit.
407) A.a.O., S. 34
408) Ebda.
409) A.a.O., S. 36
410) Ebda.
411) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, a.a.O., S. 24 (s.Anm. 194)
412) Forsthoff: Montesquieu-Ausgabe, Einführung, S. IV (s.Anm. 325)
413) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger (s.Anm. 287)
414) A.a.O., S. 16 f.
415) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 33 (s.Anm. 189)
416) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 17 (s.Anm. 287)
417) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 19 (s.Anm. 189)
418) A.a.O., S. 22
419) A.a.O., S. 26
420) Ebda.
421) A.a.O., S. 27
422) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, a.a.O., S. 22 (s.Anm. 194)
423) A.a.O., S. 23
424) A.a.O., S. 20, 23. Im Original nicht gesperrt.
425) A.a.O., S. 23
426) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 30 (s.Anm. 189)
427) Forsthoff: Hat der Staat noch Autorität?, a.a.O., (s.Anm. 359)
428) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 34 (s.Anm. 189). Im Original nicht hervorgehoben.
429) Forsthoff: Hat der Staat noch Autorität?, a.a.O., (s.Anm. 359) Im Original nicht hervorgehoben.

430) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 34 (s.Anm. 114)
431) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 17 (s.Anm. 287)
432) Forsthoff: Hat der Staat noch Autorität?, a.a.O., S. 8, (s.Anm. 359)
433) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 16 f. (s.Anm. 287)
434) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, a.a.O., S. 24 (s.Anm. 194). Mit dem Satz "Ab integro nascitur ordo" schloß auch Carl Schmitts Schrift : Der Begriff des Politischen (München und Leipzig 1932, S. 81).
435) von Stein, Lorenz: Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876, S. 215
436) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 11 (s.Anm. 287). Vgl. dazu von Stein, Lorenz, a.a.O., S. 143; ders.: Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich. 3 Bände (herausg. von Gottfried Salomon). 1.Band: Der Begriff der Gesellschaft, München 1921, S. 29 ff.
437) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, a.a.O., S. 19 (s.Anm. 194)
438) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 11, (s.Anm. 287). Im Original nicht gesperrt.
439) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 26 (s.Anm. 114)
440) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 32 (s.Anm. 189)
441) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 34 (s.Anm. 114). Noch in einer der neuesten Arbeiten Forsthoffs (Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg 1958) findet sich die Anwendung Hegelschen Denkens auf Details des politischen Alltags. "Ich behaupte also", heißt es da, "daß diejenigen Aufgaben der Daseinsvorsorge, welche heute den Gemeinden und den von ihnen geschaffenen und kontrollierten Unternehmen unterliegen, auch unter dem Gesichtspunkt einer richtigen Ordnung der Daseinsvorsorge ihnen gebühren und daß die geschichtliche Entwicklung, die den gegenwärtigen Zustand hervorbrachte, vernünftig in dem Sinne war, daß sie eine grundsätzlich richtige Entwicklung hervorgebracht hat" (S. 16).
An anderer Stelle beschreibt Forsthoff "die wegerechtlichen Befugnisse der Gemeinden als Basis der kommunalen Beteiligung an der Regelung der Energieversorgung"; er ist überzeugt, daß "an der Steuerung solcher Vorzüge ... neben dem Geist in hohem Grade die List der Idee beteiligt" sei (S. 4).
442) Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts (herausg. von Johannes Hoffmeister), 4.Aufl., Hamburg 1955, § 183
443) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 17 (s.Anm. 68). Im Original nicht gesperrt.
444) Litt, Theodor: Hegel. Versuch einer kritischen Erneuerung, Heidelberg 1953, S. 304
445) Vgl. Anm. 441
446) Hegel: Rechtsphilosophie, Vorrede, S. 14

447) Litt: Hegel, S. 33
448) A.a.O., S. 149
449) Hegel: Rechtsphilosophie, § 258
450) A.a.O., Vorrede, S. 17
451) Hegel: Einleitung in die Philosophie der Weltgeschichte (herausg. von Georg Lasson), 3.Aufl., Leipzig 1930, S. 63
452) Litt: Hegel, S. 126
453) Hegel: Einleitung in die Philosophie der Weltgeschichte, S. 41, 78
454) A.a.O., S. 83 f.
455) Hegel: Rechtsphilosophie, § 352
456) Hegel: Einleitung in die Philosophie der Weltgeschichte, S. 83
457) Hegel: Rechtsphilosophie, § 347
458) Litt: Hegel, S. 135
459) Von der Gablentz, Otto-Heinrich: Die politischen Theorien seit der Französischen Revolution, Köln und Opladen 1957, S. 22
460) Hegel: Rechtsphilosophie, § 297
461) Heller: Staatslehre, S. 219 (s.Anm. 133)
462) Forsthoff: Der totale Staat, S. 32 (s.Anm. 189)
463) Litt: Hegel, S. 132
464) A.a.O., S. 293
465) von der Gablentz: Die politischen Theorien, S. 22 (s.Anm. 459)
466) Litt: Hegel, S. 304
467) Hegel: Rechtsphilosophie, § 279
468) Forsthoff: Der totale Staat, S. 20 (s.Anm. 189)
469) Hegel: Rechtsphilosophie, § 279
470) Vgl. Anm. 436
471) Vgl. Anm. 437
472) Forsthoff: Der totale Staat, S. 24 f. (s.Anm. 189)
473) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 15 (s.Anm. 68)
474) Forsthoff: Der totale Staat, S. 25 (s.Anm. 189)
475) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 18 (s.Anm. 194)
476) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 33 (s.Anm. 114)
477) Vgl. Anm. 220
478) Forsthoff: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 25 f. (s.Anm. 20)
479) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 21 (s.Anm. 194)
480) A.a.O., S. 18, 23
481) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 34 (s.Anm. 114)
482) Radbruch, Gustav: Die politischen Parteien im System des deutschen Staatsrechts; in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 1, Tübingen 1930, S. 289
483) Ebda.
484) Heller: Staatslehre, S. 50 (s.Anm. 133)
485) Ebda.
486) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 18 (s.Anm. 68)

487) Heller: Staatslehre, S. 42 (s.Anm. 133)
488) von der Gablentz, a.a.O., S. 16. Auch zum folgenden vgl.: ebda., S. 16 ff.
489) Hesse, Konrad: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat; in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, Berlin 1959, S. 22
490) Heller: Staatslehre, S. 164 (s.Anm. 133)
491) Hamilton, Madison, Jay: The Federalist or The New Constitution, London/New York (Everyman's Library No. 519), S. 43
492) Barker, Ernest: Reflections on Government, Oxford 1953, S. 70: "... that truth dwells in more than one habitation, and that its elements have to be collected, and not only collected but reconciled, before it can be enthroned".
493) A.a.O., S. 68 f.
494) Scheuner, Ulrich: Der Bereich der Regierung; in: Festgabe für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 280
495) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 17 (s.Anm. 68)
496) Hesse: Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien, a.a.O., S. 17 (s.Anm. 489)
497) Vgl. Anm. 188
498) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 5, Tübingen 1956, S. 196
499) A.a.O., S. 85 ff.
500) A.a.O., S. 135
501) A.a.O., S. 197
502) A.a.O., S. 204
503) A.a.O., S. 197 ff. Im Original nicht hervorgehoben.
504) Hesse: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien, a.a.O., S. 17 (s.Anm. 489)
505) Forsthoff: Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 19 (s.Anm. 194)
506) Forsthoff: Der totale Staat, S. 31 (s.Anm. 189)
507) Heller: Staatslehre, S. 50 (s.Anm. 133)
508) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 26 (s.Anm. 68)
509) Forsthoff: Hat der Staat noch Autorität?, a.a.O., S. 8 (s.Anm. 359)
510) Ebda.
511) Ebda.
512) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 25 (s.Anm. 68)
513) Forsthoff: Der totale Staat, S. 33 (s.Anm. 189)
514) Ebda.
515) Ebda.
516) von der Gablentz: Autorität und Legitimität, a.a.O., S. 22 (s.Anm. 68)
517) Ebda.
518) von der Gablentz: (a.a.O., S. 26 f.) zählt Möglichkeiten auf, "alles zu fördern, was Autorität sichert, ohne den demokratischen Rechtsstaat zu zerstören" (S. 26).

519) Forsthoff: Der totale Staat, S. 29 (s.Anm. 189)
520) A.a.O., S. 42
521) MacIver, R.M.: Macht und Autorität, Frankfurt/Main 1953, S. 298
522) Ebda. Zur Kritik an der Lehre vom Staat als "Organismus" vgl. Heller (Staatslehre, S. 96 ff.). Heller hat ihr den Begriff der "sozialen Gestalt" gegenübergestellt, um "das personale und soziale Moment der gesellschaftlichen Wirklichkeit" (S. 99) gleichermaßen zu erfassen.
523) Kägi, Werner: Von der falschen Verabsolutierung der Demokratie; in: Reformatio, Heft 6, 1953 (Sonderdruck), Bern 1953, S. 2
524) Vgl. S. 63 f. dieser Arbeit
525) Forsthoff: Der totale Staat, S. 18 (s.Anm. 189)
526) A.a.O., S. 19
527) Ebda. Im Original nicht gesperrt.
528) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 45 (s.Anm. 287)
529) Forsthoff: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, a.a.O., S. 25 f. (s.Anm. 20)
530) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 32 f. (s.Anm. 114)
531) Vgl. z.B. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7.Aufl., S. 56 (s.Anm. 28)
532) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 38 (s.Anm. 114)
533) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 35 (s.Anm. 189)
534) Ebda.
535) Forsthoff: Die Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Gesamtverfassung; in: Ratgeber von Parlament und Regierung, Frankfurt am Main 1951, S. 132
536) Ebda. Im Original nicht gesperrt.
537) Forsthoff: Der totale Staat, a.a.O., S. 44 (s.Anm. 189)
538) A.a.O., S. 45
539) A.a.O., S. 45 f. Im Original nicht hervorgehoben.
540) A.a.O., S. 46
541) Es erklärt sich aus der Aufgabenstellung dieser Arbeit, daß der für Forsthoffs Entwicklung und Haltung bedeutsame Einfluß Carl Schmitts dabei außer Betracht bleiben konnte. Die Arbeit soll nicht geistesgeschichtliche Zusammenhänge an sich darstellen, sondern sie ist auf das Problem der politischen Determinierung verfassungsrechtlicher Auffassungen begrenzt. Der Rückgriff auf geistesgeschichtliche Zusammenhänge kann und soll daher nur zum Nachweis dieser Determinierung dienen.
542) Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 11 (s.Anm. 287). Im Original nicht gesperrt.
543) Winschuh/Forsthoff: Selbständigsein und Staat, a.a.O., S. 34, 33 (s.Anm. 114)
544) Forsthoff, Ernst: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959. In dieser Schrift hat Forsthoff dem Wunsch entsprochen, die "seit langem vergriffene Schrift Die Verwaltung als Leistungsträger aus dem Jahre 1938 erneut der Öffentlichkeit zugänglich zu machen" (Vorwort). Er tat dies "mit einer durch die

Umstände gebotenen Einschränkung" (Vorwort): Er veröffentlichte nur das - unveränderte - erste und vierte Kapitel der Schrift aus dem Jahre 1938. Das Auslassen der übrigen Kapitel begründete er damit, daß diese Kapitel "Exemplifikationen auf das damals geltende Recht" enthielten, "ohne eigenes, rechtsdogmatisches Interesse und inzwischen durch die einschlägigen Teile meines Lehrbuchs des Verwaltungsrechts überholt" seien (Vorwort). Die weggelassenen Kapitel enthalten auch Forsthoffs damalige Charakterisierung des "Gemeinschaftsdenkens" und der "Aufrichtung des Führertums in Deutschland" als Ausdruck einer allgemeinen Bewegung von "weltpolitischer und damit auch weltgeschichtlicher Signatur" (Forsthoff: Die Verwaltung als Leistungsträger, a.a.O., S. 16 (s.Anm. 287)).
Forsthoffs Schrift "Rechtsfragen der leistenden Verwaltung" enthält außer der Wiedergabe der zwei Kapitel aus dem Jahre 1938 eine aus heutiger Sicht geschriebene Einleitung und den Wortlaut eines Vortrages aus dem Jahre 1958. Die folgen Zitate entstammen der Einleitung.

545) Forsthoff, Ernst: Die Bundesrepublik Deutschland - Umrisse einer Realanalyse; in: Merkur, XIV. Jg., 9. Heft (September 1960), Stuttgart 1960, S. 807 ff.
546) Forsthoff: Rechtsfragen, a.a.O., S. 15 (s.Anm. 544)
547) Forsthoff: Die Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S. 810 f. (s.Anm. 545)
548) Forsthoff: Rechtsfragen, a.a.O., S. 14 (s.Anm. 544). Im Original nicht gesperrt. - Wenn auch die Formulierung Forsthoffs: "für die damalige Zeit folgerichtig" in diesem Zusammenhang nicht ausführlich analysiert zu werden braucht, so muß doch gefragt werden, ob Forsthoff damit seine Rechtfertigung des totalen Staates in der Schrift von 1933 als für die damalige Zeit zutreffend aufrechterhalten will.
549) Forsthoff: Die Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S. 808 (s.Anm. 545)
550) Forsthoff: Rechtsfragen, a.a.O., S. 15 (s.Anm. 544)
551) Vgl. dazu S. 106 ff. dieser Arbeit.
552) Forsthoff: Die Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S. 810 (s.Anm. 545)
553) Forsthoff: Rechtsfragen, a.a.O., S. 18 (s.Anm. 544)
554) Forsthoff, Ernst: Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, ein Vortrag, Köln-Marienburg 1958
555) A.a.O., S. 18
556) Ebda.
557) A.a.O., S. 17
558) A.a.O., S. 18 f.
559) Forsthoff: Die Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S. 816 (s.Anm. 545)
560) A.a.O., S. 817
561) A.a.O., S. 821

Lebenslauf

Am 19. April 1929 wurde ich in Leipzig geboren. Nach vierjährigem Grundschul- und achtjährigem Oberschulbesuch legte ich im Juli 1947 die Reifeprüfung ab.

Vom Wintersemester 1947 bis zum Sommersemester 1950 studierte ich je drei Semester Neuere Sprachen (Anglistik, Romanistik, Germanistik) an der Universität Leipzig und an der Freien Universität Berlin. An der Deutschen Hochschule für Politik wurde ich zum Wintersemester 1950 immatrikuliert; als ergänzendes Studienfach wählte ich Volkswirtschaftslehre an der Freien Universität Berlin.

Im Dezember 1953 bestand ich die Diplomprüfung an der Deutschen Hochschule für Politik in Berlin. Anschließend war ich bis zum März 1955 als wissenschaftliche Hilfskraft, dann bis zum März 1957 als Assistent an der Hochschule beschäftigt.

Gegenwärtig bin ich als Dozent an der Staatlichen Ingenieurschule Gauß Berlin tätig. Außerdem wurde mir ein Lehrauftrag am Otto-Suhr-Institut an der Freien Universität Berlin (vormals Deutsche Hochschule für Politik) erteilt.

Meinen verehrten Lehrern, insbesondere Herrn Prof. Dr. Martin Drath, Herrn Prof. Dr. Gert von Eynern, Herrn Prof. Dr. Ernst Fraenkel, Herrn Prof. Dr. Otto Heinrich von der Gablentz, Herrn Prof. Dr. Andreas Paulsen und Herrn Prof. Dr. Otto Stammer, bin ich zu tiefem Dank verpflichtet.